Anfängliche und nachträgliche Leistungsunmöglichkeit bei Wahlschulden.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Friedrich Barnbrock

aus Hamburg

Referendar bei der Staatsanwaltschaft zu Hamburg.

Approbiert am 18. November 1912.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

204

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Abgrenzung des Gebiets der Untersuchung und Übersicht über die Arbeit 1

Erstes Kapitel.

Erklärungen der Begriffe.

§ 2. 1. Die Wahlschuld 3
§ 3. 2. Die Unmöglichkeit der Leistung 9
3. Die Arten der Unmöglichkeit.
§ 4. Unmöglichkeit und Unvermögen 29
§ 5. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit 39
§ 6. Zeitweilige Unmöglichkeit. Vollständige und teilweile Unmöglichkeit 49
§ 6a. Zu vertretende und nicht zu vertretende, fingierte Unmöglichkeit . 55

Zweites Kapitel.

Die Wirkungen der anfänglichen Unmöglichkeit.

A. Die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit.
§ 7. Die Ausnahme von dem Prinzip der „obligationszersetzenden Kraft" der Unmöglichkeit und ihre Voraussetzungen 57
§ 8. Allgemeine Voraussetzungen und Inhalt des Anspruchs auf das negative Vertragsinteresse 65
§ 9. Die einzelnen Fälle der Ersatzpflicht 73
Anhang: Beweislast und rechtliche Natur des Anspruchs.
§ 9a. Die teilweise Unmöglichkeit 87

B. Das anfängliche Unvermögen.
§ 10. Die Wirkungen auf die Gültigkeit des Vertrages und der einzelnen Leistungen 90
§ 11. Inhalt des Anspruchs, wenn der Schuldner zu der allein geschuldeten Leistung von vornherein unvermögend ist 99
Anhang: Das teilweise Unvermögen 107

Seite

Drittes Kapitel.

Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit.

Vorbemerkung zu §§ 12–15.

§ 12. Die zufällig eintretende Unmöglichkeit der Leistung 110
§ 13. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung . . . 114
§ 14. Die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung . . . 126
§ 15. Teilweise Unmöglichkeit und Beweislast 133

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare.

Haidlen, Dr., Das Bürgerliche Gesetzbuch. Stuttgart 1897.

Kuhlenbeck, Dr. L., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Meisner, Dr. L., Kommentar zum zweiten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Breslau 1898.

Oertmann, Dr. P., Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Dr. G., Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1907.

Rehbein, Dr. H., Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Bestimmungen. Berlin 1902.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar von Reichsgerichtsräten. Bd. 1: Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht.

Schollmeyer, Friedr., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte: Allgemeiner Teil. München 1900.

v. Staudinger, J., Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. München 1910.

II. Lehrbücher.

Cosack, Prof. K., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. 5., vollständig umgearbeitete Aufl. Jena 1910.

Crome, Prof. Dr. C., System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Dr. H., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. Halle 1909.

Endemann, Dr. F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8., neu bearbeitete Aufl. Berlin 1902.

Enneccerus, Dr. L., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Recht der Schuldverhältnisse. 4./5. Aufl. Marburg 1910.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. Berlin 1903.

Kohler, Dr. J., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1906.

Landsberg, Dr. E., Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 18. 8. 1896, ein dogmatisches Lehrbuch. 1. Hälfte. Berlin 1904.

Matthiaß, Dr. B., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes. 5., verbesserte und ergänzte Aufl. Berlin 1910.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts von Dr. B. Windscheid. Bearbeitet unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts von Dr. Kipp. Bd. 1. Frankfurt a./M. 1906.

III. Monographien.

Brock, Dr. W., Das negative Vertragsinteresse. Berlin 1902.

Eck, Dr. E., Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 1./2. Aufl. Berlin 1904.

Fischer, H. A., Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. In der Rostocker Festschrift für v. Amsberg. Mai 1904.

Hartmann, Dr. G., Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.

Leonhard, Dr. Fr., Die Beweislast. Berlin 1904.

Lesser, M., Der Inhalt der Leistungspflicht. Breslau 1909.

Litten, Dr. Fr., Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte. Berlin 1903.

Mittelstein, Dr. M., Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Berlin 1909.

Pescatore, Dr. G., Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905.

Rabel, E., Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Weimar 1907.

Schroeder, Dr. J. U., Unmöglichkeit und Ungewißheit. Eine Studie zur Begriffsentwickelung in der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und der Ungewißheit der Erfüllung. Rostock 1905.

Siber, Dr. H., Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903 (seit 1907 Verlag von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen).

Stammler, Dr. R., Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Titze, Dr. H., Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Tumpowsky, Dr. A., Der Mängelanspruch des Mieters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1902.

Weyl, Dr. R., Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. München 1898.

IV. Sammelwerke und Zeitschriften.

Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs in zwanglosen Heften von Dr. O. Fischer:

Kleineidam, Dr. F., Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900. (zit.: Kleineidam I.[1])

Kisch, Dr. W., Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900. (zit.: Kisch I.[1])

Archiv für zivilistische Praxis:

Bd. 91 S. 73 ff.:

Biermann, Dr. W., Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht.

Bd. 92 S. 1 ff.:

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht.

Bd. 100 S. 133 f.:

Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse.

Bd. 101 S. 1 ff.:

Krückmann, Prof. Dr. P., Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot:

Bd. 45 S. 540 f.:

Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen.

Bd. 54 S. 493 f.:

Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug.

Iherings Jahrbücher für Dogmatik:

Bd. 43 S. 105 ff.:

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre. (zit.: Kleineidam II.)

Bd. 53 S. 272 f.:

Brecht, System der Vertragshaftung.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Prof. K. Birkmeyer u. a.:

Bd. 30 S. 481 f.:

Bähr, O., Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. (Besprechung.)

Bd. 44 S. 506 f.:

Kisch, Dr. W., Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, von Dr. H. Titze. (Besprechung, zit.: Kisch II.)

Bd. 45 S. 338 f.:

Titze, Dr. H., Die Wirkungen der nachträglich eintretenden

[1]) Als Einzelheft dieser Sammlung erschienen und als solches im Text benutzt und zitiert.

Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen von Dr. W. Kisch. (Besprechung.)

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Dr. C. S. Grünhut:

Bd. 29 S. 335:

Kisch, Dr. W., Besprechung von Plancks Kommentar.

Zeitschrift Das Recht. Jahrg. 1908: Aufsatz von Zweigert.

V. Dissertationen.

Chamizer, E., Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1902.

Krug, A., Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslau 1901.

Loske, C., Ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen. Rostock 1903.

Pakuscher, E., Die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Berlin 1907.

Pistory, Fr. W., Wahl und Unmöglichkeit als Voraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1902.

Tannenwald, Br., Unmöglichkeit der Leistung bei einer Wahlschuld nach bürgerlichem und gemeinem Recht. Hamburg 1906. (Prom. in Jena.)

VI. Gesetzbücher und Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Code Napoléon in les cinq codes de l'empire français, réunis en un seul volume. Edition conforme à celle de l'Imprimerie impériale. Paris 1812.

Corpus iuris. Editio stereotypa tertia volumen primum: Institutiones recognovit Paulus Krueger, Digesta recognovit Theodorus Mommsen. Berolini MDCCCLXXXII.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 4. Aufl. München 1906.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig (Guttentag) 1888.

Protokolle der Verhandlungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2.

VII. Aus der Praxis.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Soweit die benutzten Entscheidungen oberster Gerichte anderweit abgedruckt sind, ist dieses an der betreffenden Stelle vermerkt.

Einleitung.

Abgrenzung des Gebietes der Untersuchung und Übersicht über die Arbeit.

§ 1.

Seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches sind von verschiedenen Schriftstellern Versuche gemacht worden, in monographischen Abhandlungen die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung erschöpfend und zweifelsfrei zu regeln. Erschöpfend sind diese Darstellungen wohl mehr oder weniger alle geworden; daß sie aber auch klar und zweifelsfrei die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung erläutert haben, muß bezweifelt werden.

Der Grund hierfür ist vor allem in dem Umstande zu suchen, daß um die Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches fünf Schriften über das Gebiet der Unmöglichkeit erschienen sind, die von ihren Verfassern unabhängig voneinander angefertigt wurden. So haben diese Schriftsteller die wichtigsten Fragen und besonders diejenigen, die in dem Bürgerlichen Gesetzbuche keine besondere Regelung erfahren haben, in scharfe Gegensätze gerückt. Ein Versuch Kleineidams, eines dieser fünf Schriftsteller, nochmals in einem Aufsatz[1]) die Fragen zu beleuchten und entscheidend zu erklären, ist mißlungen. Ebenso verhält es sich auch mit allen späteren Werken, die über die Unmöglichkeit der Leistung erschienen sind. Sie alle haben sich mit den Hauptstreitfragen beschäftigt, haben die eine oder andere Theorie angenommen oder verworfen, auch wohl hier und da eine neue aufgestellt. Der eigentliche Streit ist dadurch aber nicht aus der Welt geschafft.

Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich auch heute noch, die Unmöglichkeit der Leistung in ihren Wirkungen zu untersuchen,

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 105ff.

obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch nunmehr 12 Jahre in Kraft ist und obgleich die Praxis sich hat mit den durch das Gesetz gegebenen Vorschriften über die Leistungsunmöglichkeit abfinden müssen und auch, wie sich später zeigen wird, abgefunden hat.

Zum Gegenstande, an dem die Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit geprüft werden sollen, ist in der vorliegenden Arbeit eine Wahlschuld gewählt worden. Bestimmend hierfür waren zwei Gründe. Erstens sind die Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit an einer Speziesschuld schon sehr oft untersucht worden; zweitens können die Wirkungen, die sich bei einer Speziesschuld zeigen, ganz oder doch zu einem großen Teil auch bei der Wahlschuld entdeckt werden.

Zunächst werde ich mich mit den Erklärungen der Begriffe (1. Kap.) zu befassen und sodann auf die einzelnen Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit (2. u. 3. Kap.) einzugehen haben. Das Gesetz macht einen prinzipiellen Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit und legt jener andere Wirkungen bei als dieser. Daher will ich die anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit getrennt, und zwar im 2. Kapitel die anfängliche, im 3. Kapitel die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit behandeln. Ferner ist zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen zu unterscheiden; ein Unterschied, der sich nur dann erübrigt, wenn das Gesetz keine verschiedenen Wirkungen wie bei der nachträglichen Unmöglichkeit daran knüpft.

Da die Wahlschuld ebenso wie jedes andere Schuldverhältnis auf einem einseitigen oder zweiseitigen Vertrage beruhen und endlich auch nur zum Teil unmöglich sein kann, wird auch dieses an geeigneter Stelle zu berücksichtigen sein.

So erhalte ich folgende kurze Übersicht:

Erstes Kapitel: Erklärungen der Begriffe.

Zweites Kapitel: Die anfängliche Unmöglichkeit.

A. Die anfängliche (objektive) Leistungsunmöglichkeit.

B. Das anfängliche Leistungsunvermögen.

Drittes Kapitel: Die nachträgliche Unmöglichkeit.

Erstes Kapitel.

Erklärungen der Begriffe.

§ 2.

1. Die Wahlschuld.

Über den Begriff der Wahlschuld sagt § 262 BGB. folgendes:

„Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht im Zweifel dem Schuldner das Wahlrecht zu".

Damit sollte nach dem Willen der Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuches der alte gemeinrechtliche Streit über die rechtliche Natur der Wahlschuld[1]) in dem Sinne der resolutiven Pendenztheorie entschieden werden. In der Tat ist man jetzt auch in der Literatur[2]) mit wenigen Ausnahmen dieser Ansicht.

Erheblich abweichend hiervon stellen Litten[3]) und Leonhard[4]) die rechtliche Natur der Wahlschuld fest.

Nach Litten[5]) soll die Wahlschuld ein im Sinne einer begrenzten Anzahl von Leistungsmöglichkeiten inhaltlich pendentes Schuldverhältnis sein, dessen Pendenz durch Parteiwahl gehoben werden soll. Bei Wahlrecht des Schuldners ist die Pendenz eine suspensive, bei Wahlrecht des Gläubigers eine resolutive.

Litten meint, daß gemäß §§ 275 Abs. 1, 280 BGB. eine geschuldete, d. h. in obligatione befindliche Leistung dann und

---

[1]) Suspensive Pendenztheorie: Keine Leistung ist in obligatione, sondern die Leistung ist erst in obligatione mit der erfolgten Wahl und dann nur die gewählte. Resolutive Pendenztheorie: Beide Leistungen sind von vornherein in obligatione, aber die nicht gewählte Leistung scheidet durch die Wahl aus.

[2]) Planck zu § 262; Endemann Bd. 1 § 118 Nr. 3; Crome Bd. 2 § 153 Nr. 6; Rehbein Bd. 2 S. 72; Chamizer S. 1 ff.

[3]) S. 75 ff.

[4]) In Iherings Jahrb. N. F. Bd. 5 S. 63.

[5]) S. 80.

nur dann aufhöre, Obligationsinhalt zu sein, wenn sie ohne Verschulden des Schuldners unmöglich werde. Sei aber ein Verschulden anzunehmen, so bestehe die Leistungspflicht des Schuldners fort insofern, als er nunmehr zum Schadensersatz verpflichtet sei. Nach dem über das Unmöglichwerden einer der wahlweise geschuldeten Leistungen handelnden § 265 BGB.[6]) sei dieses aber nur der Fall, wenn der Gläubiger das Wahlrecht habe; habe der Schuldner dagegen selbst das Wahlrecht, so gehe seine Verpflichtung, die untergegangene Leistungsmöglichkeit zu leisten, einfach unter, wenn er diese vernichte. Demnach könne diese Leistung noch gar nicht geschuldet sein.

Ich kann dieser Begründung nicht beipflichten. Daß der wahlberechtigte Schuldner diese Leistung bezw. Ersatz nicht zu prästieren hat, obwohl er sie schuldhaft unmöglich macht, hat seinen Grund darin, daß er ja immer die andere Leistung wählen konnte. Der Gläubiger, dem das Wahlrecht nicht zusteht, ist dadurch in nichts schlechter gestellt als vorher vor Vernichtung der Leistungsmöglichkeit.

Geschuldet mußte auch diese unmöglich gewordene Leistung sein, denn gesetzt den Fall, sie wäre möglich geblieben und der Schuldner hätte ebenfalls die andere Leistung gewählt, so würde diese gewählte Leistung gemäß § 263 Abs. 2 BGB. als die von Anfang an allein geschuldete gegolten haben. Wie kann aber die Leistung als von Anfang an allein geschuldet gelten, wenn vor der Ausübung der Wahl in diesem Falle noch keine der Leistungen in obligatione sein, sondern dieses erst mit der Wahl eintreten sollte? Dann könnte das Gesetz ja nur einfach sagen: Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an geschuldete Leistung.

Aber auch der Einwand Littens, daß alsdann für eine verschuldet vernichtete „geschuldete Leistung" entgegen dem Grundsatz des § 280 BGB. kein Ersatz zu prästieren sei, läßt sich bei näherer Prüfung nicht halten.

Ist die andere Leistung möglich und bleibt sie es auch bis

---

[6]) Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.

zur Leistung an den Gläubiger, so wird durch die Leistung an den Gläubiger das Schuldverhältnis erfüllt, d. h. es erlischt.[7]) Daß der Schuldner nun noch auf Grund desselben für die vernichtete Leistungsmöglichkeit einstehen soll, ist nicht möglich. Auch fehlt es an einem Schaden des Gläubigers, da er nicht wählen konnte, selbst in dem Fall, wo er selbst die nunmehr untergegangene Sache weiterveräußert hatte, da er nicht mit Sicherheit darauf rechnen konnte, gerade sie zu erhalten. Einen solchen eventuellen Schaden hat er selbst zu tragen.[8])

Auch das von Litten[9]) angeführte Beispiel, wonach diese Feststellung der rechtlichen Natur der Wahlschuld praktischen Wert haben soll, vermag mich von der Richtigkeit der Theorie nicht zu überzeugen. Dieses Beispiel ist einer widerlegenden Kritik bereits von Pescatore[10]) unterzogen worden. Leonhard[11])[12]) hält bei der Wahlschuld von Anfang an nur eine der beiden Leistungen für in obligatione, es sei nur unbestimmt, welche. Hiergegen haben sich Pescatore[13]) und Litten[14]) mit überzeugenden Gründen gewandt.

Ich kann somit feststellen, daß nach dem Wortlaut des § 262 BGB. beide Leistungen von Anfang an geschuldet werden und daß sich dieses später durch Ausübung der Wahl ändert. Darin werde ich von den Motiven[15]) unterstützt. Auch in den römischen Quellen[16]) war man dieser Auffassung nicht abhold.

---

[7]) vgl. § 362 Abs. 1 BGB.

[8]) Der Fall, daß auch diese andere Leistung unmöglich wird, ist weiter unten behandelt. Es wäre verfrüht, hier bereits eine Entscheidung zu fällen; die gegen Littens Theorie angeführten Gründe reichen auch so aus.

[9]) S. 79.

[10]) S. 130.

[11]) S. 63.

[12]) Nach Litten (S. 74 Anm. 5) und Pescatore (S. 126) soll Enneccerus auch der Ansicht sein, daß nicht von vornherein beide Leistungen in obligatione sind. Hiergegen wendet sich Enneccerus in seinem Lehrb. 4./5. Aufl. 1910 auf S. 45 u. 46 Anm. 4 und betont seinen entgegengesetzten Standpunkt.

[13]) a. a. O. S. 126 ff.

[14]) a. a. O. S. 74 Anm. 5.

[15]) Bd. 2 S. 6.

[16]) l. 128 D. de verb. obl. 45, 1: Qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit

Ob dabei heute die resolutive Pendenztheorie vorherrschend ist oder nicht, ist m. E. belanglos. Ich komme ebensogut so aus, wenn ich die Pendenztheorien ganz aus dem Spiele lasse und mich an den Wortlaut des Gesetzes halte. M. E. ist auch für eine Pendenztheorie kein Raum, denn das Wahlschuldverhältnis ist absolut sicher, nur soll es durch die Wahl eine ganz bestimmte Form erhalten.

> „Danach ist die Wahlschuld zwar ein einziges Schuldverhältnis, das aber auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, daß je nach der Wahl des einen oder des anderen Teiles nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken ist.“[17])

Der so gewonnene Begriff der Wahlschuld darf aber nicht dazu führen, Rechtsverhältnisse unter diesen Begriff zu bringen, die der Wahlschuld nur ähneln und nur äußerlich mit ihr zusammenhängen können, tatsächlich aber keine Wahlschuldverhältnisse sind. Die wichtigsten und neben der Wahlschuld am häufigsten auftretenden Rechtsverhältnisse seien hier erwähnt und gegen die Wahlschuld abgegrenzt.

---

eius esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem. Nach dieser Stelle setzen die Glossatoren den Satz: „duae res in obligatione, una res in solutione“.

[17]) Völlig zustimmend Oertmann Vorbem. zu § 262 I BGB.; Enneccerus a. a. O. S. 46; Endemann S. 666 f.; nicht ganz Pescatore S. 130 f. Er sieht in dem Falle, daß dem Gläubiger die Wahl zusteht, mehrere Schuldverhältnisse als vorliegend an. Gegen ihn mit Recht Oertmann a. a. O. Die übrigen Meinungen, die ebenfalls beide Leistungen für in obligatione halten, sind nicht befriedigend. Daß bei der Wahlschuld eine Mehrheit von Schuldverhältnissen unter gegensätzlichem Bedingungsverhältnis (Adickes, Lehre von den Bedingungen) vorliegt, ist nicht anzunehmen. Ebenso liegt nicht eine Mehrheit von aus derselben Kausa entspringenden, sich in der Durchführung ausschließenden Ansprüchen vor. Diese Meinung ist von Hellwig (Anspruch S. 101 Anm. 2) vertreten. Dagegen Oertmann, Enneccerus S. 45/46 und Litten S. 75. Ich sehe für ein Bedingungsverhältnis keinen Raum. Denn bei einem bedingten Rechtsverhältnis ist dessen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit doch noch unsicher. Bei dem Wahlschuldverhältnis ist das aber nicht der Fall. Eine Mehrheit von Ansprüchen liegt schon deshalb nicht vor, weil der Gläubiger nach erfolgter Wahl tatsächlich nur eine Leistung von Anfang an zu fordern gehabt hat.

1. Der Kauf mit der Spezifikationsklausel.

Wie bei der Wahlschuld, so soll auch hier durch eine weitere Bestimmung einer Vertragspartei, nämlich des Gläubigers, dem Schuldverhältnis ein bestimmter Inhalt gegeben werden. Aber entgegen der Natur der Wahlschuld handelt es sich hier um einen einheitlichen Leistungsinhalt, der eben in seinen Einzelheiten noch nicht genau bestimmt ist. Es fehlt, damit ein Wahlschuldverhältnis als vorliegend erachtet werden kann, an den sich gegenüberstehenden, als solche genau festgelegten Leistungsobjekten, zwischen denen gewählt werden soll.[18])

2. Das bedingte Rechtsverhältnis.

Die eigenartige Natur des bedingten Rechtsgeschäftes, der Schwebezustand — die Ungewißheit bis zum Eintritt der Bedingung —, mag an die Wahlschuld erinnern, da auch dort durch ein Ereignis, die Wahl, der Leistungsinhalt genau und endgültig bestimmt wird. Indessen liegt bei der Wahlschuld eine von vornherein wirksame Verbindlichkeit vor; bei dem bedingten Rechtsgeschäft hängt seine Wirksamkeit von dem Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung ab.

3. Wenn der Gläubiger zwischen zwei ganz verschiedenen Ansprüchen zu wählen hat, wie z. B. im Falle des § 462 BGB. zwischen Wandelung und Minderung, ist wohl eine Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers angenommen worden.[19]) Das erklärt sich daraus, daß von diesen die Wahlschuld nicht als einziges Schuldverhältnis, sondern als mehrere Schuldverhältnisse bezw. Ansprüche aufgefaßt wird. Wer aber die Wahlschuld als einziges Schuldverhältnis ansieht, wird kein Bedenken tragen, eine Wahlschuld in diesem Falle abzulehnen.[20])

4. Keine Wahlschuld liegt vor, wenn der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Alternativen hat, die entweder beide

---

[18]) And. M. Pescatore S. 141, der eine Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers annimmt.

[19]) Litten a. a. O. S. 117 ff.; Pescatore a. a. O. S. 156 u. a.

[20]) Dafür: Enneccerus 2. Aufl. S. 603/04; Planck zu § 465 Nr. 1 Abs. 2; Oertmann Vorbem. zu § 262, 2c.

oder von denen doch die eine oder die andere keinen Anspruch darstellen.[21])

5. Endlich bleibt noch die Feststellung des Unterschiedes zwischen der Wahlschuld und der Lösungs- bezw. Ersetzungsbefugnis: der obligatio alternativa und der facultas alternativa.

Während bei der Wahlschuld ein Schuldverhältnis auf zwei oder mehrere Leistungen gerichtet vorliegt, ist bei der „facultas alternativa" ein Schuldverhältnis auf nur eine Leistung vorhanden. Die andere Leistung hat nur die Bedeutung, daß der Schuldner sich durch deren Bewirkung befreien kann, es aber nicht muß.[22]) [23]) Das Wesen der Wahlschuld wird aber nicht dadurch zerstört, daß auch die andere der wahlweise bedungenen Leistung gegenüberstehende Gegenleistung unbestimmt oder wahlweise bedungen ist.[24])

Die Entstehungsgründe für eine Wahlschuld sind die üblichen, entweder Gesetz oder Vertrag. Der dritte Entstehungsgrund, das Delikt, wird hier nicht in Frage kommen können, da die Wirkung dieses immer nur ein Schadensersatzanspruch ist.[25])

Der Vertrag, auf Grund dessen die Wahlschuld entstehen kann, ist nun entweder ein solcher, bei dem durch die Leistung des gewählten Gegenstandes Erfüllung des ganzen Vertrages erbracht ist, ohne daß der Gläubiger eine prinzipielle Gegenleistung zu machen hat (einseitiger Vertrag),[26]) oder ein solcher, bei dem die ganze Erfüllung des Vertrages erst bewirkt ist, wenn auch der Gläubiger seine Leistung an den Schuldner (die Gegenleistung) bewirkt hat (gegenseitiger Vertrag).[27]) Ob der Gläubiger vor dem

---

[21]) z. B. Ersatzanspruch und Rücktrittsrecht. Ebenso bei Wahl zwischen mehreren Vertragsarten.

[22]) Die Natur der facultas alternativa wird treffend abgegrenzt durch folgenden Satz: una res in obligatione, duae res in solutione.

[23]) Beispiele finden sich in §§ 244 Abs. 1, 251 Abs. 2, 261 Satz 2, 617 Abs. 1 Satz 2, 1492, 1973 Abs. 2, 2329 Abs. 2 BGB.

[24]) s. Pescatore a. a. O. S. 144.

[25]) Beispiele für eine Wahlschuld kraft Gesetzes mit Schuldnerwahlrecht: UVG. von 1900 §§ 9, 12, 22; KrankVG. §§ 6—8.

[26]) z. B. ein Auftrag, bei dem der Auftraggeber nur subsidiär etwas zu leisten hat; nämlich die Erstattung nicht vorgeschossener Aufwendungen.

[27]) z. B. der Kaufvertrag.

Schuldner geleistet hat oder nachher, ist natürlich ohne Bedeutung. Es ist nur erforderlich, daß beide Parteien je eine Leistung schulden.

Die Wahlschuld kann ferner alle Modalitäten einer einfachen Schuld umfassen, sie kann das Leistungsobjekt als solches betreffen, kann Spezies-, kann Gattungsschuld sein; sie kann aber auch nur hinsichtlich der Zeit und des Ortes der Leistung vereinbart sein.[28])

Am wichtigsten ist die Frage, wann die Wahlschuld zu einer einfachen sich umgestaltet.[29]) Außer im Falle der Ausübung der Wahl (§ 263 BGB.) tritt dies ein im Falle der Unmöglichkeit einer Leistung (§ 265 BGB.). Diese letztere Art der Konzentration soll im folgenden betrachtet werden. Bevor dieses jedoch geschehen kann, ist zunächst der Begriff „die Leistungsunmöglichkeit" zu erklären. Auch wird es sich empfehlen, die Arten der Unmöglichkeit kurz zu erwähnen und zu betrachten.

Hier soll nur noch bemerkt werden, daß für diese Arbeit die Wahlschuld als aus nur zwei Leistungen bestehend betrachtet werden soll. Bei Annahme von mehreren Leistungen würde sich mit den entsprechenden Änderungen immer dasselbe Bild ergeben. Neue Streitfragen würden nicht auftauchen. Es hieße darum, das Thema nur unnötig auseinanderziehen, wollte man hier mehr als zwei Leistungen zum Gegenstand der Wahlschuld machen.[30])

§ 3.

2. Die Unmöglichkeit der Leistung.

Der Begriff der „Unmöglichkeit der Leistung" ist schon um deswillen schwieriger zu präzisieren und zu erklären als das Wesen der Wahlschuld, weil das Bürgerliche Gesetzbuch sich nur über die rechtlichen Folgen der Unmöglichkeit ausspricht, sich aber

---

[28]) s. Oertmann Vorbem. zu § 262, 1; Matthiaß S. 179 § 74 I; Pescatore S. 140.

[29]) vgl. Stammler a. a. O. S. 135.

[30]) Als Beispiel für eine Wahlschuld sei folgendes genannt: Der Schuldner A hat sich dem Gläubiger B gegenüber verpflichtet, ihm das Pferd Ajax oder die Stute Bellona zu liefern. An diesem Beispiel sollen auch im folgenden die Erörterungen erläutert werden, indem das Beispiel jedesmal nach Bedarf zweckentsprechend abgeändert wird.

auf eine Festlegung des Begriffes selbst nicht einläßt.[1]) Diese Aufgabe zu lösen ist vielmehr Sache der Wissenschaft von jeher gewesen. Indessen ist man aber auch hier nicht zu einem übereinstimmenden Resultat gekommen, sondern hat den Begriff der „Unmöglichkeit" in verschiedene Formen gebracht, wie es sich im folgenden zeigen wird.

Ihren Grund kann die Unmöglichkeit der Leistung in natürlichen oder rechtlichen Gründen haben.

Als erste und sicherste Grundlage für die Feststellung des Begriffes hat man die Philosophie angewandt. Vom Standpunkte reiner Logik aus betrachtet soll sich mit Sicherheit ergeben, was unmöglich ist. So ist Hartmann[2]) vorgegangen und hat den Begriff der Leistungsunmöglichkeit dahin abgestellt, daß

> „Unmöglichkeit die negative Notwendigkeit, die Notwendigkeit des Nichtgeschehens"

ist. Damit ist aber nicht viel gewonnen. Schon Kleineidam[3]) äußert sich über diese Erklärung folgendermaßen:

> „Ich wenigstens kann nicht finden, daß der auf diese Weise hineingekommene Begriff der ‚Notwendigkeit' einfacher und leichter verständlich ist als der Begriff der Unmöglichkeit selbst".

Dieser Definition steht m. E. noch mehr folgendes Bedenken entgegen. Durch Hartmanns Satz ist die Unmöglichkeit nicht erschöpfend erklärt. Denn es taucht sofort die weitere Frage auf, was wird notwendig nicht geschehen? Will Hartmann darauf antworten, daß sich dieses nach den Grundsätzen der Logik entscheiden soll, so muß ich ihm entgegenhalten, daß der Begriff alsdann zu eng, wie sich gleich zeigen wird, gefaßt ist. Soll aber eine Prüfung für jeden konkreten Fall eintreten und aus den Umständen entnommen werden, ob notwendig etwas nicht geschehen wird,[4]) so ist darauf zu entgegnen, daß alsdann nicht nach Grundsätzen strenger Logik vorgegangen wird. Denn nach den

---

[1]) §§ 265, 275, 279, 280—282, 306, 323—325 BGB.; vgl. Biermann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 75.

[2]) Hartmann, Die Obligation S. 172.

[3]) Kleineidam I S. 13.

[4]) vgl. dazu Mot. Bd. 2 S. 45.

Grundsätzen strenger Logik läßt sich allgemein festlegen, was notwendig nicht geschehen wird; dazu sind „besondere Umstände" nicht erst nötig.

Schollmeyers Definition[5]:

„Unmöglichkeit der Leistung liegt dann vor, wenn die Leistung von niemandem gemacht werden kann"

ist schon aus dem Grunde abzulehnen, weil der erste Satz durch den zweiten Satz wiederholt wird. Ebensogut hätte Schollmeyer sagen können: „Unmöglich ist, was nicht vermocht wird". Damit kommen wir keinen Schritt weiter.[6] Es ist überhaupt nicht ratsam, nur nach den Grundsätzen der strengen Logik vorzugehen und danach den Begriff „Unmöglichkeit" abzustellen. Ein solches Vorgehen würde allzuhäufig zu großen Härten, besonders im Falle des § 279 BGB., führen. Vor allen Dingen werden damit die übermäßig schwierigen Leistungen nicht getroffen, deren generelle Behandlung als mögliche schlechthin wegen der daraus sich ergebenden Haftungspflicht des Schuldners dem ius aequum direkt widerspricht.[7] Infolgedessen haben auch viele Schriftsteller[8] zu helfen versucht. Teils haben sie den logischen Begriff weiter ausgebaut,[9] teils sind sie bei ihm stehen geblieben und haben die Härten durch andere Gesetzesbestimmungen abzuschwächen bezw. aufzuheben gesucht.[10] Eine dritte Möglichkeit endlich hat sich noch insofern gezeigt, als von einigen Schriftstellern ein zweiter Begriff der Unmöglichkeit neben den logischen gestellt ist.[11]

Den logischen Begriff der Unmöglichkeit weiter ausgebaut hat Kleineidam. Er sagt a. a. O.[12] folgendes:

„Man muß sich vor allem sämtliche Momente der in Frage kommenden Leistungspflicht, also wie der Redakteur

---

[5]) Schollmeyer, Komm. S. 95 Nr. 2.

[6]) vgl. auch Biermann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 75.

[7]) vgl. auch die relative Gestaltung der bonae fidei-Pflichten in Rom.

[8]) Titze, Kisch, Kleineidam, Krückmann, Staudinger, Oertmann, Fischer, Rabel, Schröder.

[9]) Kleineidam I u. II.

[10]) Landsberg a. a. O.; Krückmann, Rabel.

[11]) Titze, Kisch.

[12]) Kleineidam I S. 14/15.

Kübel treffend hervorhebt,[13]) Quantität und Qualität, Ort und Zeit der Leistung vergegenwärtigen und danach prüfen, ob sich alle diese Momente verwirklichen lassen oder nicht. Es muß aber auch — und das ist m. E. noch immer nicht genug betont worden — als Moment der Leistung das Maß der von der in Frage kommenden Leistungspflicht, sei es gemäß erkennbarer Parteivereinbarung, sei es gemäß allgemeiner Verkehrsanschauung, geforderten Kraftanstrengung berücksichtigt werden. Denn ebenso wie Ort und Zeit und alle übrigen Momente der Leistung gehört auch dieses Maß der Kraftanstrengung wesentlich dazu, ‚den Inhalt des Schuldverhältnisses zu bestimmen'. Man ist nur deshalb leicht geneigt, dieses Moment bei der Frage, ob eine Leistung erfüllt werden kann oder nicht, außer acht zu lassen, weil es in dem durch die Erfüllung der Leistung schließlich herbeigeführten Erfolge, dem bleibenden Ergebnisse des an sich vorübergehenden Schuldverhältnisses, nicht zum Ausdruck kommt, also niemals in dauernde Erscheinung tritt. Man verwechselt dann die Durchführbarkeit der in Frage kommenden Leistung, d. h. des Leistens, wie es im Schuldverhältnisse vorgeschrieben ist, mit der Herstellbarkeit des von dem Schuldverhältnisse losgelösten Ergebnisses, weil letzteres bleibt und jedem klar in die Augen tritt, während das Schuldverhältnis selbst durch die Erfüllung erlischt und allmählich in Vergessenheit gerät. Es heißt aber den ganzen Angelpunkt aus den Augen verlieren, wenn man nicht stets und allein das Schuldverhältnis selbst und das von ihm geforderte Leisten maßgebend sein läßt. Denn die Notwendigkeit einer speziellen Regelung der Schuldverhältnisse, deren Leistungen nicht erfüllt werden können, beruht doch gerade auf dem inneren Widerspruch in dem Schuldverhältnisse selbst, daß der Schuldner etwas tun soll, was er nicht tun kann. Dieser Widerspruch ist auch schon

---

[13]) Redakteur des 1. Entwurfs zu Abschnitt I Titel 2 I, 1 b S. 7 u. 8.

dann vorhanden, wenn der Schuldner die Leistung auch nur mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht erfüllen kann".

Daraus leitet also Kleineidam[14]) die innere Berechtigung ab, die Leistung schon dann für unmöglich zu erklären, wenn der Schuldner sie nur mit überobligationsmäßiger Kraftanstrengung zu bewirken vermag.

Gegen diese Theorie besteht allgemein das Bedenken, daß auch dadurch keine sichere Unterlage für die Unmöglichkeit geschaffen ist. M. E. befindet sich Kleineidam aber im besonderen in einem Trugschluß, wenn er meint, dadurch noch den Begriff der Unmöglichkeit als logischen festzuhalten. Denn die Berücksichtigung der obligationsmäßigen Kraftanstrengung ist nichts anderes als die Anwendung des Grundsatzes des § 242 BGB., wo es heißt:

„Der Schuldner ist zur Bewirkung der Leistung so verpflichtet, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

Ist also zur Bewirkung der Leistung eine Anstrengung des Schuldners erforderlich, die über das Maß des nach der Verkehrssitte Erforderlichen hinausgeht, so ist der Schuldner zu deren Anwendung nach § 242 zwar nicht verpflichtet. Man kann dann aber doch nicht argumentieren, weil indirekt durch § 242 ein gewisses Maß von Kraftanstrengung zur Bewirkung der Leistung Obligationsinhalt geworden ist, dieses aber, damit die Leistung bewirkt werde, überschritten werden muß, ist, logisch betrachtet, die vereinbarte Leistung unmöglich. Will man nach den Grundsätzen der Logik entscheiden, ob eine Leistung unmöglich ist oder nicht, so müssen doch die Rechtssätze aus dem Spiele bleiben.[15]) Vom Standpunkte allgemeiner juristischer Betrachtung läßt sich,

---

[14]) Kleineidam II S. 111.

[15]) Rechtssätze aber nur insofern, als sie nicht die Vornahme einer Leistung selbst verbieten; solche würden allerdings auch die Leistung logisch unmöglich machen. Gemeint sind vielmehr Rechtssätze, die auf das Vertragsverhältnis und die vertragliche Verbindlichkeit Rücksicht nehmen. Als Beispiel für einen Rechtssatz, der durch sein Verbot die Leistung logisch unmöglich macht, sei das Einfuhrverbot bei der verkauften Ware erwähnt.

meint H. A. Fischer, gegen die Subsumtion der übermäßig schwierigen Leistung unter die logische Unmöglichkeit nichts einwenden; vom Standpunkte des Gesetzes aus ist dieses aber nicht möglich, da das Gesetz selbst die übermäßig schwierige Leistung an vielen Stellen für möglich erklärt. Ich meine nun, daß bei der Feststellung des Begriffes „logische Unmöglichkeit" diese, ich möchte sagen subsidiäre Kraftanstrengung überhaupt nicht berücksichtigt werden darf. Wenn ich mich z. B. verpflichte, einen Schrank zu liefern, so ist diese Leistung möglich, sofern nur der Schrank existiert, die Leistung bleibt auch logisch möglich, wenn der Schrank einem Dritten gehört; ich kann ihn mir ja vom Dritten verschaffen. Wenn dieser Dritte dann den Schrank nur gegen übermäßig hohes Entgelt abgeben will, so kann doch diese Tatsache die Leistung nicht plötzlich logisch unmöglich machen. Logisch unmöglich ist diejenige Leistung, um mit Titze[16]) zu sprechen, von der wir kraft der uns innewohnenden Kenntnis sagen: sie wird notwendig nicht bewirkt. Läßt sich das hier aber wohl sagen? Nein, denn in die Seele des Schuldners können wir nicht hineinsehen, wir können nicht wissen, ob er sich nicht doch die Sache beschafft.

Keineidam meint nun, daß die Leistung notwendig nicht bewirkt wirkt, weil das Maß von Kraftanstrengung, das jedem Schuldverhältnis innewohnt, überschritten wird, und weil für den Fall, daß die Sache doch beschafft wird, die Leistung nicht mehr vertragsmäßig, sondern ein aliud ist.

Darin liegt m. E. der Trugschluß. Der Vertrag umfaßt nicht von vornherein ein bestimmtes Maß von Kraftanstrengung, das der Schuldner aufwenden soll. Man kann nicht mangels besonderer Parteiabrede das allgemein übliche Maß von Kraftanstrengung zum Vertragsinhalt willkürlich erheben. Das Seinige zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu tun, schreibt das Gesetz dem Schuldner vor, um gewisse unangenehme Folgen zu vermeiden. Liegt es nun wohl in der Absicht des Gesetzes, dem Schuldner, der durch Anwendung von übergroßer Kraftanstrengung die Leistung bewirkt, den Anspruch auf die Gegenleistung zu nehmen, weil logisch betrachtet die ursprüngliche Leistung unmöglich ist, da sie mit

---

[16]) Titze S. 2.

der gewöhnlichen Kraftanstrengung nicht erbracht werden kann, und weil die bewirkte Leistung ein aliud ist, die auf Grund einer nicht bestehenden Verpflichtung geleistet ist? Nein, das kann nicht die Absicht des Gesetzes sein. Es will überhaupt in diesem Sinne auf den Vertrag der Parteien gar nicht einwirken. Wenn der Schuldner die Leistung trotz der übermäßigen Kraftanstrengung bewirkt, so erbringt er nicht ein aliud, sondern Vertragserfüllung.[17]) Damit kommen wir wieder an den Anfang unserer Gedankenreihe; daß die Leistung notwendig nicht bewirkt wird, kann ich mit Sicherheit nicht voraussagen. Deshalb ist aber die Leistung logisch möglich.[18])

Ist dagegen kraft ausdrücklicher Parteiabrede ein bestehendes Maß von Anstrengung vereinbart, so ist dieses natürlich zu berücksichtigen. Verpflichte ich mich, allein und ohne menschliche, maschinelle oder sonstige Hilfe eine Last von 150 Zentnern zu heben, so sagen wir: das wird notwendig nicht geschehen; die Leistung ist logisch unmöglich. Aber nicht deshalb, weil die von jedem Schuldner zu verlangende Anstrengung nicht ausreicht zur Bewirkung der Leistung, sondern weil ihr Inhalt so, wie er vereinbart ist, überhaupt nicht bewirkt werden kann. Wenn Kleineidam[19]) hier argumentiert, an und für sich betrachtet ist die Hebung der Last möglich, nur nicht mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung, so macht er denselben Fehler, den er der Gegenmeinung vorwirft. Das Schuldverhältnis betrachtet er dann nicht als solches, sondern er zerlegt es in unzulässiger Weise in einzelne Teile. Soll aber die Kraftanstrengung so sehr betont werden, wie Kleineidam es will, so käme er m. E. einfacher zum Resultat, wenn er argumentierte, daß der Schuldner sich immer nur zu einem bestimmten Maß von Kraftanstrengung verpflichtet und durch Anwendung dieses das zur Erfüllung der Verbindlichkeit seinerseits Erforderliche getan hat, und daß deshalb das Schuldverhältnis erloschen ist. In der Tat scheint Kleineidam eine ähnliche Lösung vorgeschwebt zu haben, nur

---

[17]) Krückmann S. 13/14.
[18]) vgl. Kisch S. 12.
[19]) Kleineidam I S. 16, II S. 112.

daß er dem Schuldner nicht vom Gesichtspunkt sozusagen der Vertragserfüllung, sondern von dem der Unmöglichkeit aus helfen will.

Dann aber erscheint gegen Kleineidams Theorie ein anderer Nachteil. Der Theorie ist alsdann der Vorwurf der Unbilligkeit zu machen, wie es von Pakuscher[20]) schon geschehen ist. Sie greift dem Willen des Schuldners in unzulässiger Weise vor. Der Schuldner kann ja trotzdem leisten wollen, kann sogar ein Interesse daran haben, leisten zu können. Dieses würde ihm alsdann abgeschnitten. Ist aber eine Theorie geeignet, die Parteiinteressen sowohl in der einen wie in der anderen Richtung zu gefährden und sogar zu beeinträchtigen, so ist sie ungeeignet. Eine solche Absicht verfolgt das Gesetz nicht.

Erscheint demnach der Versuch, den logischen Begriff der Unmöglichkeit den praktischen Bedürfnissen des täglichen Lebens entsprechend ausdehnend auszulegen, schon von vornherein schwierig und befremdend, so glaube ich nunmehr zweierlei nachgewiesen zu haben:

1. daß es nicht möglich ist, den Begriff der Unmöglichkeit nach den Grundsätzen der Logik unter besonderer Berücksichtigung von Rechtssätzen weiter zu fassen und eine an sich mögliche Leistung als logisch unmöglich zu bezeichnen, weil sie nicht mit obligationsmäßiger Kraftanstrengung erbracht werden kann. Soweit das doch der Fall ist, liegt das daran, daß die Kraftanstrengung untrennbar mit dem Leistungsobjekt ausdrücklich vereinbart worden ist und so als logisch unmöglich erscheint;
2. daß Kleineidams Theorie auch dann keine Billigung verdient, wenn man von dem Begriff Unmöglichkeit als logischem absieht und ihn etwa neben die logische Unmöglichkeit stellt.[21])

Die übrigen in der Literatur gegen Kleineidam erhobenen Gründe noch aufzuzählen, dürfte sich wohl nach dem vorher Gesagten erübrigen.[22])

[20]) Pakuscher S. 12.

[21]) Sei es nun vom Gesichtspunkte eines zweiten Begriffes oder einer insoweit erbrachten ordnungsmäßigen Vertragserfüllung aus.

[22]) vgl. hierüber Oertmann Vorbem. zu § 262, 3aα; H. A. Fischer in der Rostocker Festschr. für v. Amsberg S. 16 ff.

Konsequenter hat sich daher m. E. auch Titze[23]) mit dem Begriff der Unmöglichkeit abgefunden. Er hat nicht verkannt, daß der Begriff nach den Grundsätzen der Logik nur einheitlich festgelegt werden kann, daß dieser eine Einschränkung oder eine Erweiterung nicht duldet. Er hat ferner nicht verkannt, daß die schlichte und rücksichtslose Definition der Unmöglichkeit nach Grundsätzen der Logik unbefriedigend und unbillig ist.[24]) Sein Versuch, den Unmöglichkeitsbegriff zu präzisieren und in allseitig befriedigender Weise abzustellen, hatte sich also auch mit der Frage zu beschaffen, auf welche Weise die sich sonst ergebenden Härten zu heben seien. Er hat sich dadurch geholfen, daß er neben dem logischen Begriff noch einen zweiten, den juristischen Begriff der Unmöglichkeit aufstellt. Auf diese Weise kommt er zu folgender Begriffserklärung[25]):

> „Rein logisch betrachtet ist das Unmögliche dasjenige, von dem wir auf Grund der uns innewohnenden Kenntnisse und Erfahrungen aussagen müssen: es wird notwendig nicht geschehen.
>
> Eine Leistung ist im Rechtssinn auch dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung Hindernisse entgegenstehen, deren Überwindung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann".[26])

Ganz allgemein betrachtet gefällt mir an dieser Definition der Unmöglichkeit der Ausdruck „billigerweise" nicht. Er ist zu allgemein gehalten und gibt, sofern er zu näherer Feststellung im Einzelfall dem richterlichen Ermessen überlassen sein soll, zu wider-

---

[23]) a. a. O. S. 1—9.

[24]) S. 3 ff.

[25]) S. 2 oben u. 9 oben.

[26]) Vers. M. Kuhlenbeck-Staudinger Vorbem. zu § 275 S. 125; Zweigert im Recht 1908 S. 416 f.; Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit S. 11 ff.: „Regelmäßig wird eine Leistung, die nur unter äußerster Kraftanstrengung und unter Aufwendung ganz unverhältnismäßiger Mittel noch bewirkt werden kann, im Sinne der Rechtsordnung nicht mehr als möglich bezeichnet werden. Sache der richterlichen Würdigung ist es dann, im Einzelfalle abzuwägen, inwiefern nach der Auffassung des Verkehrs und dem vernünftigen Sinne des Vertrages die — absolut noch mögliche — Leistung vom Schuldner verlangt werden dürfte".

streitenden Ansichten Veranlassung. Deshalb würde ich aus dem Begriff dieses Wort ausscheiden und durch ein anderes ersetzen, wenn anders die Theorie bei näherer Prüfung im einzelnen meine Billigung fände.

Titze begründet nun seine Theorie wie folgt:

„Der Grundsatz [27]) ergibt sich aus § 242 [28]) BGB. Denn wie dem Schuldner einerseits auferlegt wird, alles das zu tun, was die bona fides des Verkehrs von ihm verlangt, so wird er andererseits durch diesen Paragraphen auch davor geschützt, daß Anforderungen an ihn gestellt werden, die er billigerweise nicht erfüllen kann.[29]) Daß die Grenze zwischen der juristisch möglichen und juristisch unmöglichen eine flüssige ist, liegt auf der Hand. Es kommt, wie gesagt, alles darauf an, was im einzelnen Falle mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr vom Schuldner verlangt werden darf. Da, wo diese dem Schuldner aus besonderen Gründen übermäßige Anstrengungen zumuten, hat er sich solchen auch zu unterziehen. Es muß bei der Frage, ob eine Leistung sich für den Schuldner noch als eine mögliche darstellt oder nicht, dem freien richterlichen Ermessen der weiteste Spielraum gelassen werden. Im allgemeinen wird der Richter gut tun, vor allem auf zweierlei sein Augenmerk zu richten: einmal darauf, ob und inwieweit der Schuldner die Schwierigkeiten, die vor der Bewirkung der Leistung zu überwinden sind, bei der Eingehung des Schuldverhältnisses gekannt hat, und zum zweiten, ob eine, und welche Gegenleistung von den Parteien vereinbart worden ist".

Ein Vergleich dieser Theorie mit derjenigen Kleineidams zeigt deutlich, daß beide den § 242 BGB. zur Hilfe für den Schuldner verwenden wollen. Was Kleineidam unter den Begriff von obligations- und überobligationsmäßiger Anstrengung bringt, fügt Titze in den § 242 und in die Lehre von Treu und

---

[27]) Nämlich der obenerwähnte.

[28]) s. oben S. 13.

[29]) Über die Frage, ob § 242 BGB. zu Lasten und auch zugunsten des Schuldners auszulegen ist, vgl. die dieses bejahende Bemerkung bei Titze S. 3 Anm. 3.

Glauben. In der Tat auf den ersten Blick ein bestechendes und befriedigendes Resultat. Bei näherer Prüfung ergeben sich jedoch Nachteile.

Auch hier werden die Interessen des Schuldners einseitig in den Vordergrund geschoben. Das zeigt sich am besten an dem von Titze selbst gebrachten Beispiel auf S. 3:

> „So wird man z. B. sagen müssen, daß es für den Mieter eine unmögliche Leistung ist, nach Ablauf der Mietszeit die innegehabte Wohnung zu räumen, wenn er selbst oder ein Mitglied seiner Familie so schwer krank darniederliegt, daß ein Transport nur unter erheblicher Leibes- oder Lebensgefahr erfolgen kann".

Es möge gestattet sein, dieses Beispiel folgendermaßen zu modifizieren, wobei A der kranke Mieter, B der Vermieter sein soll. B hatte dem A auf den 1. April gekündigt und die Wohnung an C, der seinerseits aus seiner jetzigen Wohnung auszieht und ausziehen muß, vermietet.[30])

Wenn jetzt A am 1. April so schwer krank darniederliegt, so ist nach Titzes Theorie Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen, d. h. B kann von A die Räumung nicht verlangen; er erhält aber von A auch keinen Mietzins, da eine relocatio tacita nicht vorliegt. Vom neuen Mieter C bekommt er diesen nicht ersetzt, da er ihm die Mieträume nicht gewährt; auf der anderen Seite kann C die Kosten, daß er sich eine andere Wohnung in einem Hotel so lange nehmen muß, von B nicht ersetzt verlangen, weil diesen kein Verschulden trifft. Eine Klage des B gegen A gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung würde ebenfalls versagen, da A für die Zeit die anderweit von ihm gemietete Wohnung bezahlen muß. Der Klage auf Herausgabe, gestützt auf das Eigentum, könnte A ebenfalls die Unmöglichkeit der Leistung entgegenhalten.[31]) [32])

Dadurch ist die Unbilligkeit der Theorie bewiesen. Die Theorie

---

[30]) s. dazu Pakuscher S. 12 und die dort Anm. 5 Zitierten.

[31]) vgl. noch andere Beispiele bei Titze S. 3; Besprechung derselben Krückmann S. 3f.

[32]) s. auch die von Titze angeführten Entscheidungen oberster Gerichte.

ist zu allgemein und zu weitgehend in ihrer Wirkung. Das zeigt sich an einem anderen Beispiel[33]):

> „Ein Sänger hat sich für 2000 Mk. einem Wirt gegenüber verpflichtet, an einem Abend in einem Concert zu singen. Plötzlich am Morgen des Concerts bekommt er die Nachricht, daß seine Mutter gestorben sei und sie am Nachmittag beerdigt werde".

Nach der Ansicht Titzes liegt nunmehr Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Sängers vor. Der Vertrag ist also hinfällig. Der Sänger braucht nicht zu singen; der Wirt braucht nicht zu leisten. Zutreffend hat hier Pakuscher[34]) darauf hingewiesen, daß dem Sänger unter Umständen gar nicht damit gedient sein kann. Gesetzt den Fall, daß die Entfernung des Ortes, in dem die Mutter des Sängers beerdigt werden soll, so weit von dem Ort des Auftretens des Sängers entfernt ist, daß dieser unmöglich rechtzeitig zur Beerdigung kommen kann; gesetzt ferner den Fall, daß er herzlos genug ist, trotzdem an dem Abend auftreten zu wollen, so kann ihn jetzt der Wirt am Auftreten wegen der Nichtigkeit des Vertrages hindern.

Titze[35]) beruft sich ferner für seine Theorie noch auf die §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 2 und 948 Abs. 2 BGB. und behauptet, daß dort ebenfalls die übermäßig schwierige Leistung der unmöglichen gleichgestellt werde. Es wird sich im folgenden zeigen, ob dem beizupflichten ist.

In § 251 Abs. 2 BGB. heißt es:

> „Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist".

Der Paragraph steht an der Stelle im Bürgerlichen Gesetzbuch, an der von der Art, wie Schadensersatz zu leisten ist, geredet wird. Titze folgert nun anscheinend[36]) so: Grundsätzlich ist Schadensersatz durch Naturalrestitution, d. h. durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu leisten. Ist die Herstellung

---

[33]) S. 3.

[34]) Pakuscher S. 12/13.

[35]) S. 3 Anm. 3.

[36]) Titze stellt nur die einfache Behauptung in Anm. 2 auf S. 3 auf.

nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so ist Geldersatz zu leisten; es wird also Unmöglichkeit der Leistung fingiert.

Dabei wird aber übersehen, daß das Gesetz die überaus schwierige Wiederherstellung keineswegs als unmöglich ansieht oder der Unmöglichkeit gleichstellt. Eine solche Gleichstellung kann auch nicht aus Abs. 1 des § 251 gefolgert werden. Wenn diese beiden Tatbestände einander tatsächlich gleichstehen sollten, so wäre wohl der Abs. 2 in den Abs. 1 mitaufgenommen, und es hätte dort gestanden:

> „Soweit die Herstellung nicht möglich, nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen".

Dazu kommt, daß dem Schuldner im Abs. 2 des § 251 unzweifelhaft eine facultas alternativa gegeben ist. Die Folge davon ist, daß der Schuldner, wenn er nicht in Geld Ersatz leisten will, die Naturalrestitution bewirken muß! Es ist aber ein alter Satz daß Unmögliches nicht gefordert werden kann. Das Gesetz hat sich von jeher[37]) nicht mit der einfachsten Logik in Widerspruch gesetzt, so daß es die Bewirkung von etwas Unmöglichem vorgeschrieben hätte. Schreibt also das Gesetz wahlweise dem Schuldner entweder die Ersatzleistung in Geld oder die Herstellung trotz der unverhältnismäßig hohen Aufwendungen, und zwar letzteres in erster Linie vor, so ist dies ein Zeichen dafür, daß es die übermäßig schwierige Leistung der unmöglichen hier nicht gleichgestellt hat, sondern daß es diese gerade für möglich hält.[38])

Ebenso verhält es sich mit § 633 Abs. 2 Satz 2. Der § 633 Abs. 2 lautet:

> „Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert".

---

[37]) vgl. für das römische Recht l. 185 D. de div. reg. iuris ant. 50, 17: Inpossibilium nulla obligatio est.

[38]) übereinst. Pakuscher S. 15 f.

Aus den oben angestellten Erwägungen ergibt sich sofort, daß wenn das Gesetz diesen Fall des Satz 2 als unmögliche Leistung angesehen hätte, es durch Satz 2 dem Besteller vielleicht das ihm durch Satz 1 zugebilligte Recht wieder genommen hätte; ganz sicher hätte es aber den Unternehmer nicht noch ausdrücklich ermächtigt, die Bewirkung einer unmöglichen Leistung zu verweigern. Das dem Unternehmer eingeräumte Recht charakterisiert sich vielmehr als eine Einrede im materiellrechtlichen Sinne. Der Gläubiger soll das Recht haben, übermäßige Anstrengungen zu verweigern. Keineswegs bedeutet das aber Unmöglichkeit der Leistung.[39])

Im § 948 Abs. 2 BGB. heißt es allerdings:

„Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde".

Hier wird die unverhältnismäßig schwierige Leistung mit der unmöglichen gleichgestellt. Indessen kann diese Gleichstellung nicht als Regel aufgefaßt werden, sondern muß sich geradezu als eine Ausnahme darstellen.[40]) Dafür spricht folgendes:

In dem Paragraphen soll die Frage der Eigentumsverhältnisse bei Vermischung usw. geregelt werden. Sind die Sachen untrennbar miteinander vermischt, so entsteht Miteigentum. Ist dieses nicht der Fall, so bleibt es bei den früheren Eigentumsverhältnissen, sofern nicht deshalb Besonderes gilt, weil eine Sache wesentlicher Bestandteil geworden ist usw. Werden nun Sachen derart miteinander vermischt, daß ihre Trennung zwar an sich möglich ist, sie selbst aber nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten bewirkt werden kann, so müßte analog den vorher zitierten Gesetzesstellen der zur Trennung Verpflichtete einredeweise die Trennung verweigern können. Dadurch wird aber ein unhaltbarer Zustand geschaffen. Im heutigen Recht, wo es möglich ist, von einem Nichtberechtigten gutgläubig Eigentum zu erwerben, müssen die Eigentumsverhältnisse, wenn anders der gute Glaube des Erwerbenden überhaupt feststellbar sein soll, wenigstens ob-

---

[39]) Übereinst. Pakuscher S. 16, 17.

[40]) Zust. Pakuscher S. 17, aber ohne Begründung.

jektiv sicher sein. Es ist nicht möglich, daß deren Gestaltung noch davon abhängt, ob ein anderer endgültig die Trennung vermischter Sachen verweigert oder nicht. Daher hat das Gesetz in diesem Falle positiv bestimmt, daß ausnahmsweise hier die überaus schwierige Trennung der Untrennbarkeit gleich behandelt werden soll. Keineswegs ist das als Regel aufzufassen, wie Titze dies tun will.

Dieser § 948 beweist aber noch ein anderes, nämlich daß das Gesetzbuch grundsätzlich eine überaus schwierige Leistung nicht als Abart der unmöglichen anerkennen will und auch nicht anerkannt hat. Was unmöglich ist, sagt es zwar nicht; aber das hebt es an verschiedenen Stellen hervor, daß eine unverhältnismäßig schwierige Leistung keine unmögliche ist.[41])

So sind also die von Titze zitierten Gesetzesstellen, weit entfernt, eine Stütze seiner Theorie zu sein, sogar ein schwerwiegendes Argument gegen ihn.[42])

Ich fasse daher zusammen: Titzes Lehre hebt einen logischen und einen juristischen Begriff der Unmöglichkeit hervor; sie stößt teils auf Unbilligkeiten, teils greift sie willkürlich in die Parteiinteressen benachteiligend und bevormundend ein; sie stößt endlich des öfteren auf Widersprüche im Gesetz.

Vergegenwärtige ich mir diese Bedenken, so komme ich dazu, auch diese Theorie als ungeeignet abzulehnen.[43]) Dabei habe ich noch den Vorteil, daß ich dem Vorwurf entgehe, der Titzes Lehre gemacht wird, nämlich daß diese die Grenze zwischen Unmöglich-

---

[41]) vgl. dazu auch H. A. Fischer a. a. O. S. 17 Anm. 23. Er stimmt mit dem hier Ausgeführten im wesentlichen überein und kommt zu dem Resultat, daß im vorliegenden Falle die Sätze aus der Unmöglichkeitslehre besser nicht zur Anwendung kommen. Ein Zwang gegen den Schuldner, von ihm eine übermäßig schwere Leistung zu verlangen, ist nicht undenkbar, sondern unbillig! Solange der Schuldner nicht von seiner facultas alternativa Gebrauch macht, kann der Gläubiger sogar nur auf die übermäßig schwere Leistung Klage erheben!

[42]) Kisch II S. 509, 510.

[43]) Ebenso Endemann § 124 N. 8, der die Unerschwinglichkeit überhaupt nicht unter den Begriff der Unmöglichkeit gebracht wissen will. Das von der Bedingungslehre des gemeinen Rechts her bekannte Vorgehen ist mit dem heutigen Gesetz nicht vereinbar. Vgl. § 2170 Abs. 2 Satz 2 BGB.

keit und Unvermögen[44]) zu sehr verwische, ein Nachteil, der leicht zu noch größeren Wirrnissen und Schwierigkeiten führen könne.[45])

Aus den bisherigen Erörterungen folgt zugleich, daß es gefährlich und deshalb nicht ratsam ist, neben dem logischen Begriff der Unmöglichkeit noch einen zweiten, den juristischen, aufzustellen. Praktischer bleibt man daher bei dem logischen Begriff und versucht, die sich daraus ergebenden Härten durch das Gesetz selbst abzuschwächen und vielleicht sogar aufzuheben. So komme ich zu der dritten Gruppe von Schriftstellern, die sich in dieser Richtung betätigt haben.

Hier ist zunächst Landsberg[46]) zu nennen. Er will dem Schuldner, sofern sich die Leistung für ihn als überaus schwierig darstellt, mit einer Art Notstand helfen. Darüber heißt es in seinem Lehrbuche[47]):

> „Daß der Schuldner seine Sorgfaltspflicht dann nicht zu vertreten hat, wenn er dabei, um zu erfüllen, zu Leistungen sich aufraffen muß, welche bei Übernahme der Schuldverpflichtung ganz unvorhergesehen waren und das Maß des Vorhergesehenen oder Vorhersehbaren unverhältnismäßig übersteigt, wird man unbedingt zugeben können nur insoweit, wie eine Art von Notstand für den Schuldner vorliegt, so daß infolge dieses Notstandes die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zu entschuldigen sein wird. Mindestens § 54 StGB. wird man analog hierher übertragen müssen, unter Berufung etwa auf § 242 BGB. Es wird also nicht rechtswidrig handeln, wer eine geschuldete Leistung unerfüllt läßt, weil unverschuldetermaßen bei der Erfüllung gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben des Schuldners oder Dritter eintreten müßte.
>
> Desgleichen wird man eine solche Haftungsherabsetzung zugeben können, wo sie besonders vertraglich abgemacht oder sich aus dem Parteiwillen sonst ergibt; z. B. §§ 633

---

[44]) Davon ist im nächsten § 4 noch des näheren zu reden.

[45]) vgl. Oertmann Vorbem. zu § 275, 2a β S. 99; Krückmann S. 12f.

[46]) Mit ihm v. Thur, Notstand im Zivilrecht, Heidelberg 1888, S. 15ff., 34.

[47]) S. 311, 312, 6a, c.

Abs. 2, 251 Abs. 2, 2170 Abs. 2 Satz 2. Wo dagegen keiner dieser Gesichtspunkte zutrifft, d. h. bei der großen Menge entgeltlicher Schuldverhältnisse, da wird man solche Anschauungen scharf zurückweisen müssen, so oft dem Schuldner nur unvorhergesehen hohe Opfer an Geld oder auch an Last und Mühe behufs Erfüllung zugemutet werden".

Der auf diese Weise in das Gebiet hereingebrachte Begriff des Notstandes entbehrt einer inneren Berechtigung nicht;[48]) es läßt sich sogar manches dafür anführen. Indessen hat schon Titze[49]) zwei Gründe dagegen hervorgehoben. Der Begriff würde, wenn man ihn im technischen Sinne gebrauchte, sei es nun im Sinne des Strafgesetzbuchs, sei es im Sinne der §§ 228 u. 904 BGB., nicht ausreichend sein, um alle hier in Frage kommenden Fälle zu decken. Ferner bliebe, selbst wenn es gelingen sollte, einen passenden Notstandsbegriff zu finden, doch die Erkenntnis, daß es sich um einen Notstand handelte, ohne praktischen Wert, weil de lege lata der Einfluß des Notstandes auf die Leistungspflicht des Schuldners unbekannt wäre. Diesen letzten Grund hat nun schon Krückmann[50]) mit Recht zurückgewiesen. Dagegen muß der erste Grund als durchschlagend erachtet werden.[51]) Dabei sei darauf hingewiesen, daß Landsberg selbst nur den § 54 StGB. analog angewandt wissen will, daß er die Verwendung der §§ 228 u. 904 für nicht geeignet hält.[52]) Der Begriff des § 54 StGB. ist aber ein derart enger, daß er bei weitem nicht alle die Fälle der übermäßig schwierigen Leistung decken kann, in denen sich eine solche Hilfe empfehlen würde. Es müßte ein doppelter Notstandsbegriff gebildet werden, einmal der eng umgrenzte des Gesetzes, andererseits ein weiterer, der nur für die Zweckverfolgung bei der Unmöglichkeit brauchbar ist.[53]) „Das würde zu Unträglichkeiten führen." In der Tat schon rein

[48]) vgl. Titze S. 7 Anm. 13; Krückmann S. 4 mit Anm. 5.
[49]) An der in der vorigen Anmerkung zitierten Stelle.
[50]) Krückmann S. 4.
[51]) Ebendaselbst wie in Anm. 50.
[52]) Landsberg S. 312 Anm. 1.
[53]) Krückmann S. 4 Anm 5.

äußerlich betrachtet würde es den Streit, so wie er sich jetzt um den Begriff der Unmöglichkeit dreht, in das Gebiet der Notstandslehre übertragen heißen, ein Resultat, das gewiß nicht als zweckentsprechend bezeichnet werden kann.

Reicht die Aufstellung des Notstandsbegriffes nun auch nicht zur Erlangung eines befriedigenden Resultats aus, so zeigt sie doch einen Weg, aus dem Labyrinth herauszufinden.

Wenn man die Notstandsparagraphen 228, 904 BGB. betrachtet,[54]) so wird man daraus feststellen können, daß dem von Gefahr Bedrohten „das Recht, in fremde Rechtssphären willkürlich einzugreifen," gegeben wird. Sollte es nun so abwegig sein zu prüfen, ob sich ein solches Vorgehen auch bei den übermäßig schwierigen Leistungen rechtfertigen läßt? Auch hier droht dem Schuldner eine Gefahr, nämlich die eines erheblichen Schadens. Kann er aber dort willkürlich in fremde Rechtssphären eingreifen, warum soll er es hier nicht können. Der Eingriff würde eben in der Nichtleistung der Sache bestehen, auf die der Gläubiger ein Recht auf Grund des Vertrages erworben hat. Wenn dem Schuldner ein solches Recht zu gewähren ist, so sei die Frage nach der Art der Geltendmachung gleich hier beantwortet. Da es sich immer nur um ein einseitiges Recht des von dem Schaden betroffenen Schuldners handeln kann, ein solches Recht aber verzichtbar ist, so ist klar, daß eine Befreiung von der Leistungspflicht ipso jure, wie es bei der Unmöglichkeit der Fall sein muß, nicht eintreten kann. Will der Schuldner auf ein solches Recht nicht verzichten, sondern es geltend machen, so muß er es vorbringen, und zwar kraft einer Einrede.

---

[54]) § 228 BGB.: Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht.

§ 904 BGB.: Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.

In dieser Hinsicht hat Krückmann[55]) seine Theorie aufgestellt und damit das m. E. brauchbarste Resultat erzielt. Er stellt folgende Ansicht auf[56])[57]):

> „Was unmöglich ist, entscheidet nicht die reine, sondern die praktische Vernunft; in den Fällen der überaus schwierigen Leistung, in denen vom Standpunkt der Vernunft aus noch Möglichkeit der Leistung anzunehmen ist, kann der Schuldner kraft einer Einrede aus entgegenstehendem Interesse oder aus wichtigem Grunde sich von seiner Leistungspflicht befreien".

Krückmann begründet diese Theorie mit einer Reihe von Gesetzesparagraphen, die dem Schuldner in Fällen der übermäßig schwierigen Leistungspflicht ebenfalls ein Recht, die Leistung zu verweigern, geben.[58]) Er folgert daraus die Berechtigung, dem Schuldner allgemein dieses Recht bei unverhältnismäßig schwierigen Leistungen zuzubilligen. Doch darf dieses nicht zur unbilligen Interessenschädigung des Gläubigers führen, wie in dem Falle, daß der Gläubiger bei Geltendmachung des Rechtes seitens des Schuldners einen weit höheren Schaden hat. Dann scheitert die Einrede an der Gegeneinrede des Gläubigers.[59])

Ich halte diese Theorie für die brauchbarste, wie ich oben schon erwähnt, nicht allein deswegen, weil sie keine neue Begriffsmerkmale in den Begriff der Unmöglichkeit hineinzwängt, die diesen leicht unklar erscheinen lassen können, sondern auch deswegen, weil sie allein den Interessen der Parteien vollauf gerecht wird. Wenn z. B. der Sänger[60]) an dem Abend doch im Konzert auftreten will, so kann ihn der Wirt am Auftreten nicht hindern, denn der Vertrag ist gültig, und ob der Sänger von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen will, hat nur er allein zu bestimmen. Wenn er dagegen von dem Auftreten ab-

---

[55]) S. 1—56, 61.

[56]) S. 30, 61.

[57]) Ähnlich auch Rabel S. 36.

[58]) vgl. z. B. §§ 251 Abs. 2, 383 Abs. 1 Satz 2, 633 Abs. 2, 1023, 1246, 2170 Abs. 2, 2288 Abs. 2 BGB. u. a.

[59]) Krückmann S. 19.

[60]) vgl. oben.

sehen will, so braucht er nur die Einrede des entgegenstehenden Interesses zu erheben, und er wird von seiner Leistung frei. Hier kann allerdings der Wirt seinerseits die Einrede geltend machen, daß ihm selbst ein weit höherer Schaden entstehe als dem Sänger. Indessen müßte er das beweisen, was ihm wohl nicht so leicht gelingen mag.

Die Vorwürfe, die gegen diese Theorie von Kuhlenbeck-Staudinger[61]) erhoben sind, vermögen mich von ihr nicht abzubringen. Daß durch Zitieren einzelner Gesetzesstellen kein geschlossener Beweis für das Bestehen der Einrede aus wichtigem Grunde erbracht ist, muß als richtig anerkannt werden. Indessen läßt sich, um mit Oertmann zu reden, ein unbedingt zwingender Beweis kaum führen. Den brauche ich auch gar nicht. Ist der Beweis so strikt, wie Kuhlenbeck-Staudinger ihn verlangen, nicht führbar, so steht mir jedenfalls der § 242 BGB. zur Seite, den ich in dem Sinne verwenden kann, daß dem Schuldner daraus ein Recht gegeben wird, die Leistung unter Umständen zu verweigern.

Freilich gilt es dabei Vorsicht,[62]) wie Oertmann mit Recht hervorhebt. Bloße Schwierigkeiten der Leistung, ungewöhnlich hohe Geldopfer und dergleichen begründen niemals eine Einrede nach unserer Theorie. Vielmehr müssen Umstände dazukommen, so daß derentwegen die Leistung nur unter Aufopferung oder außergewöhnlicher Gefährdung eines im Sinne der Rechtsordnung gegenüber dem Gläubigerinteresse höherwertigen Schuldnerinteresses bewirkt werden kann, insbesondere mit unvorhergesehenen Gefahren für Leben und Gesundheit und Sittlichkeit.[63]) [64])

Demnach erhalte ich folgenden Begriff der Unmöglichkeit, der in der Arbeit zugrunde gelegt werden soll:

> „Unmöglich ist das, was notwendig nicht geschieht. Was notwendig nicht geschieht, sagt die praktische Vernunft.

---

[61]) a. a. O. Vorbem. zu § 275.
[62]) Das gilt auch von Titzes Theorie.
[63]) Oertmann Vorbem. zu § 275, 3 a β Abs. 3 S. 99.
[64]) Kisch S. 13.

Alle Grenzfälle, insbesondere auch die besonders schwierigen Leistungen scheiden aus dem Gebiete der Unmöglichkeit aus.[65]) Sie stellen sich als möglich dar und erfahren nur dann eine besondere mildere Berücksichtigung, wenn sie unter Umständen bewirkt werden müßten, unter denen ihre Bewirkung sich als eine außergewöhnliche Gefährdung sittlicher, wirtschaftlicher oder gesundheitlicher Interessen darstellen und so einen Schaden verursachen würde, der im Vergleich zum Gläubigerinteresse unverhältnismäßig hoch ist. Dann steht dem Schuldner kraft der Einrede aus entgegenstehendem Interesse das Recht zu, die Leistung zu verweigern".[66])

3. Die Arten der Unmöglichkeit.

§ 4.

Unmöglichkeit und Unvermögen.

Aus der in der vorletzten Anmerkung des vorigen Paragraphen zitierten Stelle des corpus iuris ergibt sich nicht nur ein

[65]) vgl. die Stelle aus dem corpus iuris, wo auch die schwierigen Leistungen ausschieden: l. 137 § 4, 5 D. de verb. obl. 45, 1: Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim tencatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur Ephesi daturum se, an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici cum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit. Auch die Römer trennten von der Unmöglichkeit (impedimentum naturale) die causa difficultatis, id est: id quod promissor dare non potest.

[66]) Natürlich versagt diese Einrede immer dann, wenn der Schuldner die Schwierigkeit der Leistung gekannt hat.

Anhalt für das Wesen des Begriffes „Unmöglichkeit" überhaupt, sondern auch ein bedeutsamer Unterschied, wie er schon in Rom und so auch im gemeinen Rechte aufgestellt war, nämlich der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit.[1])

Diesen Unterschied hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Maßgabe aufgenommen und verwertet, daß es die objektive Unmöglichkeit „Unmöglichkeit" schlechthin und die subjektive „Unvermögen"[2]) nennt. Diese Begriffe auseinanderzuhalten und ihren Unterschied präzis festzulegen, ist häufig schwierig.

Vielfach hat man als Unmöglichkeit diejenige bezeichnet, die für jedermann besteht, und hat von Unvermögen gesprochen, wenn nur gerade der Schuldner zur Leistung außerstande ist, während ein anderer dazu fähig wäre.[3])

Diese Unterscheidung ist aber bedenklich, wie Biermann[4]) überzeugend nachgewiesen hat. Gegen die Unmöglichkeit besteht das Bedenken, daß nach der gegebenen Definition Unmöglichkeit der Leistung dann nicht angenommen werden kann, wenn ein anderer zu anderer Zeit, an einem ganz anderen Ort die Leistung bewirken könnte. Trotzdem wird man doch Unmöglichkeit anzunehmen haben, da diese entfernten Möglichkeiten nicht in Betracht gezogen werden können.

Unvermögen auf der anderen Seite liegt auch dann vor, wenn auch alle anderen unvermögend sind.[5]) Es geht daraus hervor, daß diese Feststellung nicht präzis genug ist.

Berücksichtigt man nun, daß vom Bürgerlichen Gesetzbuch die früher objektiv genannte Unmöglichkeit als eigentliche Unmöglichkeit in das Gesetz aufgenommen und weiter fortentwickelt ist,

---

[1]) Der Ausdruck ist von Savigny (ObIR. Bd. 1 S. 384) aufgebracht und von Mommsen aufgenommen und weitergeführt; s. darüber Titze S. 60 Anm. 2.

[2]) Die Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches will ich im folgenden beibehalten. Allerdings kann man auch heute noch von subjektiver nnd objektiver Unmöglichkeit sprechen, da der Unterschied rein terminologisch ist.

[3]) So Dernburg § 60 I; Titze (S. 59) bezeichnet als objektive Unmöglichkeit diejenige, die von niemandem, als subjektive Unmöglichkeit dagegen diejenige, die zwar von anderen, aber nicht vom Schuldner vorgenommen werden kann. Er trifft damit im wesentlichen das Richtige.

[4]) Biermann a. a. O. S. 81 ff.; vgl. Oertmann Vorbem. 3 zu § 275, 3 b.

[5]) S. das Beispiel bei Biermann auf S. 86.

während der subjektiven Unmöglichkeit nur die Bezeichnung „Unvermögen" gegeben wird, so ist klar, daß es sich im letzteren Falle noch um eine eigentlich mögliche Leistung handeln muß. Daß diese trotzdem nicht bewirkt wird, bezw. nicht bewirkt werden kann, liegt nur daran, daß der Schuldner persönlich die Leistung zu bewirken nicht vermag. Dieses Unvermögen wird sich also aus seinen persönlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand erklären derart, daß diese persönlichen Beziehungen entweder überhaupt nicht vorhanden oder nicht mehr vorhanden sind. Überhaupt nicht vorhanden sind diese persönlichen Beziehungen, wenn er willkürlich eine Sache zu leisten sich verpflichtet, die er überhaupt niemals besessen hat. Nicht mehr vorhanden sind diese Beziehungen, wenn diese Sache zwar in seinem Besitz und Eigentum war, aber vor Bewirkung wieder daraus, sei es aus beiden, sei es nur einem von ihnen, entschwunden ist. Demnach stelle ich den Begriff „Unvermögen" dahin fest, daß ich sage:

> „Unvermögen des Schuldners zur Leistung liegt vor, wenn ihm die erforderlichen persönlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand, dessen Lieferung an sich möglich ist, fehlen und die Bewirkung der Leistung deshalb unterbleibt".

Unmöglichkeit der Leistung dagegen liegt vor, wenn die Leistung eigentlich unmöglich ist, d. h. wenn wir kraft vernünftiger Erwägung sagen müssen, daß die Leistung mit Notwendigkeit überhaupt nicht so, wie sie vereinbart ist, erbracht wird.[6])

Trotz dieser Begriffe ist es aber häufig noch schwierig, im einzelnen Falle festzustellen, ob es sich um eine Unmöglichkeit oder um ein Unvermögen handelt. Um auf diese einzelnen Zweifelsfälle hinweisen zu können, halte ich es für praktisch, auf die nach römischem Muster bekannte Dreiteilung der Obligation einzugehen und, wie auch Titze[7]) es tut, bei jeder dieser Art zu untersuchen, ob und in welcher Weise eine Unmöglichkeit oder ein Unvermögen als vorliegend zu erachten ist.

---

[6]) So im wesentlichen Biermann a. a. O. S. 82; Oertmann Vorbem. zu § 275, 3 b.

[7]) S. 60 ff.

I. Bei den auf ein „dare“ gerichteten Obligationen bedeutet die Nichtexistenz des individuell bestimmten Obligationsgegenstandes stets Unmöglichkeit. Denn dieser vernichtete Gegenstand „wird mit Notwendigkeit überhaupt nicht geleistet werden“.[8]) Ist der Obligationsgegenstand zwar vorhanden, fehlten ihm aber die vertraglich vereinbarten Eigenschaften, oder kann der Gläubiger ihn niemals annehmen,[9]) so liegt ebenfalls eigentliche Unmöglichkeit der Leistung vor.

Fehlt dem Schuldner dagegen das Eigentum an dem Gegenstande, so scheitert die Leistung nur daran, daß „dem Schuldner die persönlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstande, der sonst durchaus geleistet werden könnte, fehlen“. Es liegt also Unvermögen vor.[10])

Wie steht es aber mit folgenden Fällen?

Die verkaufte Sache steht nicht im Eigentum des Schuldners, sondern in dem des Gläubigers selbst. Dieser Fall ist in der Literatur nicht einheitlich entschieden. Ein Teil der Schriftsteller nimmt Unvermögen, ein anderer Teil, und zwar, um es gleich vorwegzunehmen, der weitaus größte, nimmt wahre Unmöglichkeit an. Diese begründen ihre Ansicht[11]) wie folgt: Weil nach dem Schuldvertrage der Schuldner verpflichtet sei, Eigentum an dem Kaufobjekt auf den Gläubiger zu übertragen, er dieses aber sowohl deshalb nicht könne, weil ihm das Eigentum nicht zustehe, als auch deshalb, weil einem Gläubiger, der schon Eigentum habe, überhaupt dieses Eigentum nicht mehr übertragen werden könne, sei wahre Unmöglichkeit anzunehmen.

Man muß daran festhalten, daß der Schuldner zu einer

---

[8]) Hierin herrscht Einstimmigkeit.

[9]) Weil er z. B. als Ausländer kein Grundstückseigentum erwerben darf.

[10]) Hierher gehören die Fälle, in denen dem Schuldner das Leistungsobjekt gestohlen ist. H. A. Fischer will allerdings auf S. 19 die Fälle nicht hierher rechnen, in denen die Sache verschwunden und die Person des Diebes unbekannt ist. Gegen ihn Titze S. 61; Biermann S. 85; Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 334 N. 17.

[11]) Besonders Titze S. 62; dafür auch Schollmeyer zu § 275 Nr. 3; H. A. Fischer S. 25.

Leistung verpflichtet ist, deren Bewirkung ihm infolge seiner mangelnden persönlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand nicht möglich ist. Nun ist Titze zuzugeben, daß auch die anderen dem Gläubiger kein Eigentum übertragen können; das ist aber aus demselben Grunde der Fall, aus dem der Schuldner schon kein Eigentum übertragen konnte, nämlich auch wegen der mangelnden persönlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstande. Oben ist aber gezeigt worden, daß der Mangel persönlicher Beziehungen zum Leistungsgegenstand immer nur Unvermögen begründet, einerlei ob andere zur Leistung vermögend oder unvermögend sind.[12]) Demnach sehe ich bei einem solchen Vertrag ein Unvermögen des Schuldners als vorliegend an.[13]) [14])

> „Nicht die Eigenart der Leistung als solcher, sondern nur die (persönlichen) Verhältnisse der Parteien schließen die Erfüllbarkeit des Vertrages aus", sagt Oertmann[15]) mit Recht.

Den Fall, daß die zu verschaffende Sache gewissermaßen überhaupt nicht im Rechtsverkehr steht, sondern der Herrschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts unterstellt ist, entscheidet Titze — und darin stimme ich ihm bei — dahin, daß Unmöglichkeit dann vorliegt, wenn die betreffende Sache wegen ihrer Zweckbestimmung für die sie besitzende Korporation des öffentlichen Rechts unentbehrlich ist, Unvermögen dagegen dann, wenn sie es nicht ist.[16])

Der dritte bei Titze behandelte Zweifelsfall[17]) braucht jetzt nicht mehr erörtert zu werden, weil das Bürgerliche Gesetzbuch darüber positive Vorschriften erlassen hat.

---

[12]) vgl. oben und Biermann S. 86.

[13]) Dafür Hartmann S. 110ff.; aus dem römischen Recht l. 28 D. 18, 1.

[14]) Das römische Recht entschied sich meist dagegen, z. B. l. 1 § 10 D. 44, 7, l. 34 D. 45, 1, l. 28 D. 18, 1.

[15]) zu § 275, 3b.

[16]) vgl. Titze S. 63; zust. H. A. Fischer S. 20; vgl. auch Kleineidam I S. 21ff.

[17]) Es wird ein Recht verkauft, das nicht existiert. Hier wird man aber dann Unmöglichkeit anzunehmen haben, wenn das Recht überhaupt nicht entstehen kann, sonst hilft § 437 BGB. in weitem Maße (s. dazu Titze S. 64/65; H. A. Fischer S. 28/29; Entsch. d. OLG. Nürnberg, abgedr. in BayZ. 1908 S. 29).

Ist der Obligationsgegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so kann von Unmöglichkeit der Leistung erst dann gesprochen werden, wenn feststeht, daß die ganze Gattung untergegangen ist.[18] [19] In anderen Fällen wird Unvermögen vorliegen. Bei Geldschulden will Dernburg § 60 III, 3 kein Unvermögen und keine Unmöglichkeit annehmen. Gegen ihn hat sich aber schon widerlegend Kleineidam gewandt.[20]

II. Wenn dagegen der Gegenstand der Obligation auf ein „facere" gerichtet ist,[21] so können die Hindernisse, die der Bewirkung der Leistung entgegenstehen, entweder in der Person des Schuldners oder in dem Gegenstand liegen, in welchem, an welchem, mit welchem der Schuldner tätig werden soll.[22]

Im ersteren Falle wäre es nun unrichtig, lediglich deshalb, weil der Schuldner infolge persönlicher Hinderungsgründe nicht zu leisten vermag, von Unvermögen schlechthin zu reden. Ebenso hieße es vorschnell urteilen, wollte man Unmöglichkeit annehmen, weil der Schuldner und mithin auch ein anderer die Dienstleistungen nicht verrichten kann. Es ist vielmehr zu unterscheiden, ob der Gläubiger ein Interesse daran hat, die Dienstleistung gerade vom Schuldner zu erlangen (infungible Leistung), oder ob es ihm einerlei ist, wer die Dienstleistung vornimmt (fungible Leistung).[23] Im ersteren Falle liegt Unmöglichkeit, im zweiten dagegen nur Unvermögen vor.

So wird z. B. Unmöglichkeit anzunehmen sein, wenn ein Patient einen Arzt mit einer Operation betraut hat und dieser Arzt infolge dauernder Krankheit an der Ausführung der Operation

---

[18] H. A. Fischer S. 29; Titze S. 66/67.

[19] Wenn die Gattung, aus der geleistet werden soll, lokalisiert ist und der ihren Ursprungsort darstellende Bezirk von dem Verkehr mit der Außenwelt entweder durch Naturereignisse oder durch eine feindliche Blockade oder sonstige kriegerische Operationen abgeschnitten wird, nimmt Titze S. 66 Unmöglichkeit an. Ebenso, wenn das Gesagte hinsichtlich des Bestimmungsortes zutrifft. — Ich würde dem Schuldner nur eine Einrede aus entgegenstehendem Interesse geben.

[20] Kleineidam I S. 17/18; für Unvermögen auch H. A. Fischer S. 29.

[21] z. B. Auftrag, Dienstvertrag.

[22] Titze S. 67.

[23] Zust. Titze S. 67; H. A. Fischer S. 20 f.; s. besonders über die fungiblen und infungiblen Leistungen ausführlich H. A. Fischer S. 20 ff.

verhindert ist. Denn es kommt dem Patienten, der regelmäßig auf Grund besonderen Vertrauens zu dem Arzte geht, darauf an, daß auch gerade dieser Arzt die Operation ausführt.

Auf der anderen Seite liegt nur Unvermögen vor, wenn ich meinen Anzug in eine Reinigungsanstalt zum Reinigen bringe. Es ist mir einerlei, ob der Anzug nun gerade dort in der Anstalt gereinigt wird oder wo sonst. Es kommt mir nur darauf an, den Anzug ordnungsgemäß gereinigt zu erhalten; wie das geschieht, ist gleichgültig. Wenn demnach die Reinigungsanstalt an der Vornahme der Reinigung z. B. durch einen Streik ihrer Angestellten verhindert ist, so liegt nur Unvermögen vor.[24])

Liegt der Hinderungsgrund dagegen in dem Gegenstande selbst, mit welchem, an welchem, in welchem der Schuldner tätig werden soll, so ist folgendes zu unterscheiden.

Ist durch Vertrag nur die Bewirkung der Dienstleistung vereinbart, kommt es den Parteien aber nicht darauf an, welche Mittel zur Herstellung verwandt werden sollen, so liegt, wenn der Schuldner sich nicht die nötigen Hilfsmittel zu beschaffen vermag, Unvermögen zur Leistung vor. Soll dagegen der Schuldner bestimmte Hilfsmittel anwenden und reichen diese nicht aus, so liegt Unmöglichkeit vor.[25]) Ist der Gegenstand, an welchem der Schuldner tätig werden soll, individuell bestimmt, so liegt bei seiner Nichtexistenz Unmöglichkeit der Leistung vor, bezw. tritt bei seinem Untergang Unmöglichkeit ein. Ist er dagegen nur generell bestimmt, so kann nur Unvermögen in Frage kommen.

Ebenso verhält es sich mit dem Gegenstand, in welchem der Schuldner tätig werden soll. Hatten die Parteien genau den Ort bezeichnet, wo die Leistung vorgenommen werden soll, z. B. Herstellung eines Dynamos in der und der Werkstatt, und kann die Dynamomaschine dort nicht hergestellt werden, so liegt Unmöglich-

---

[24]) Diesen Fall entscheidet Titze S. 69 ähnlich.

[25]) Man denke an das oben erwähnte Beispiel von der Hebung der Last von 150 Zentnern: Habe ich mich verpflichtet, 150 Zentner zu heben, so liegt, falls ich die Hilfsmittel mir nicht verschaffen kann, Unvermögen vor. Habe ich mich verpflichtet, allein ohne jede Hilfe die Last zu heben, so ist das eine Unmöglichkeit der Leistung.

keit der Leistung vor. Anderenfalls, d. h. wenn den Parteien der Ort einerlei ist, kann nur Unvermögen in Frage[26][27] kommen.

III. Bei den auf ein Unterlassen gerichteten Obligationen muß der Schuldner immer in Person leisten. Deshalb kommt hier nur, wenn überhaupt, eine Unmöglichkeit in Frage.[28][29]

Die Berechtigung der Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen wird von Titze[30] sehr angezweifelt und heftig bekämpft.

---

[26]) Zust. Titze S. 68/69; H. A. Fischer S. 24.

[27]) Zu bemerken ist noch, daß in den Fällen, in denen der Schuldner zur Leistung vermögend, alle anderen dagegen unvermögend sind, trotzdem natürlich Möglichkeit der Leistung vorliegt. Ob auch andere die Leistung bewirken können, wird erst berücksichtigt, wenn der Schuldner selbst die Leistung nicht bewirken kann. Vgl. Oertmann, Vorbem. zu § 275, 3b; Krückmann (S. 56ff.) und mit ihm Schröder (Unmöglichkeit und Ungewißheit S. 45ff.) will für die Fälle, in denen bei Unvermögen des Schuldners die Leistung durch Dritte erbracht werden kann, den Begriff „Unvermögen" ganz verwerfen, da ja der Schuldner mit Hilfe des Dritten erfüllen kann. Das ist aber wenig glücklich. Dann müßte in allen Fällen der Schuldner ja verpflichtet sein, die Hilfe des Dritten in Anspruch zu nehmen und für dessen Mitwirkung zu sorgen. Mithin müßte der Schuldner für die Fälle seines Unvermögens immer einstehen. Dem steht § 275 BGB. entgegen, wonach der Schuldner bei nachfolgendem unverschuldeten Unvermögen frei wird! Dies will Krückmann S. 66 vermeiden, indem er von Unvermögen nicht mehr reden will, solange der § 275 Abs. 2 besteht. Ich frage aber, kommt es für die Erhaltung des Schuldverhältnisses darauf an, ob der Schuldner oder ein Dritter leisten kann? Ich meine doch, der Schuldner. Und wenn er es nicht kann, so ist er unvermögend im Sinne des Gesetzes immer dann, wenn er die an sich mögliche Leistung infolge seiner mangelnden persönlichen Beziehungen zu ihr nicht zu bewirken vermag. Und wenn dieses ohne Schuld des Schuldners nachträglich eintritt, so ist der Schuldner kraft positiver Gesetzesvorschrift frei! Er kann also auch nicht gezwungen werden, die Leistung mit Hilfe des Dritten bewirken zu müssen. Und wenn er sein Vermögen zu vertreten hat, so ist er schadensersatzpflichtig wegen Nichterfüllung des Vertrages, aber nicht verpflichtet, nunmehr die Leistung mit Hilfe des Dritten zu erbringen. Dieses bleibt bei der Frage nach der Erfüllung und den Ersatzansprüchen außer Betracht. Vgl. Oertmann Vorbem. zu § 275, 3b.

[28]) Über die Frage, ob bei Unterlassungsverbindlichkeiten Unmöglichkeit der Leistung vorkommen kann, vgl. Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 1ff.; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 Abs. 2 S. 232; Rogowski S. 50f. und die dort Zitierten.

[29]) Über die Abgrenzung der Unmöglichkeit oder Unvermögens zum Verzug s. Titze S. 21f.; H. A. Fischer S. 25; Kisch II S. 513 und die dort Zitierten.

[30]) Titze S. 70/71; skeptisch auch Rabel S. 44, 65.

„Da die Obligation ein Rechtsband nur um die Person des Gläubigers und des Schuldners schlingt, ersterer also die Leistung auf Grund des Schuldverhältnisses nur von letzterem, nicht auch von dritten Personen zu verlangen berechtigt ist, so kann es für die Frage: welchen Einfluß hat das Nichtleistenkönnen des Schuldners auf dessen Leistungspflicht? unmöglich von Wichtigkeit sein, ob neben dem Schuldner andere Leute zur Bewirkung der Leistung fähig oder unfähig sind".

Auf ähnlichem Wege gelangt Fischer[31]) dazu, daß das Leistenkönnen anderer keinen Einfluß haben könne auf die Frage, welche Wirkungen entstehen, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen kann. Er warnt aber davor, „sich durch eine solche logisch geschlossene Gedankenreihe blenden zu lassen". Dann wäre es nur noch ein Schritt bis zu Titzes Ansicht und „Unvermögen wäre dann gleich Unmöglichkeit".[32])

„Das wäre also der Schlußstein der Entwickelung! Unvermögen, anfängliches wie nachfolgendes, soweit es unverschuldet ist, befreit immer. Das wäre eine Milde des Gesetzes gegenüber dem Schuldner, welche in vielen Fällen geradezu eine Brutalität gegen den Gläubiger enthielte".[33])

Daraus ist ein Mittel abzuleiten, mit dem man die Schwäche der Titzeschen Ansicht aufdecken kann. Ihr ist, wie auch schon bei der Feststellung des Begriffes „Unmöglichkeit" überhaupt, der Vorwurf einseitiger Berücksichtigung der Schuldnerinteressen zu machen.[34]) Dem Schuldner wird es allerdings nicht darauf ankommen, daß das Leistenkönnen anderer bei der Beurteilung seiner eigenen Unfähigkeit in Betracht gezogen wird, er wird vielmehr ein Interesse daran haben, daß dies nicht geschieht. Folgt man ihm aber, so muß man auch Titze recht geben, wenn er dann keinen Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen sieht und somit dem Schuldner gestattet, sich auf das be-

[31]) H. A. Fischer S. 11.
[32]) H. A. Fischer S. 12.
[33]) H. A. Fischer S. 12.
[34]) vgl. Pakuscher S. 37; Matthies S. 14.

freiende Prinzip der Unmöglichkeit zu berufen. Dem stehen aber schon Billigkeitserwägungen entgegen. Dem steht auch die dogmengeschichtliche Entwickelung entgegen.[35]) Anerkannt ist die Berechtigung des Unterschiedes zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen bereits in den römischen Quellen,[36]) offenbar aus dem Grunde, weil man dem „Unvermögen die befreiende Wirkung der Unmöglichkeit nicht zugestehen wollte".[37])

Titzes Ansicht steht auch endlich das in diesem Falle weit höher zu bewertende Interesse des Gläubigers entgegen, das das Bürgerliche Gesetzbuch ebenfalls schützt. Denn soweit es sich um Leistungen handelt, die der Schuldner, selbst wenn er sie vornehmen könnte, nicht einmal in Person vorzunehmen braucht, kann der Gläubiger auch ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners die Leistung annehmen (invito et ignorante debitore). Daraus erhellt, daß das Rechtsband nicht so eng, wie Titze meint, um die Vertragspersonen geschlungen ist. So kann man auch mit einer freieren Auslegung operieren, wenn es dem praktischen Bedürfnisse entspricht, wie denn ja auch das Gesetzbuch selbst eine solche Konzession im Interesse der praktischen Notwendigkeit im § 267 BGB. gemacht hat.[38])

So komme ich dazu, Titzes Argumentation als zu eng gefaßt zu verwerfen, und entscheide mich für die Berechtigung des Unterschiedes zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen. Es geht nicht an, auch dem bloßen Unvermögen das befreiende Prinzip der Unmöglichkeit zuzubilligen.

„Der treibende zivilpolitische Gedanke war offenbar der, daß im großen wirtschaftlichen Verkehrsleben sich der

---

[35]) vgl. H. A. Fischer S. 13f.

[36]) vgl. l. 137 § 5 D. 45, 1: Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.

[37]) H. A. Fischer S. 13.

[38]) Damit ist aber nicht gesagt, daß wegen dieses Paragraphen der Schuldner als vermögend zur Leistung erachtet werden soll, wie Krückmann es tun will. Der § 267 beweist, daß das Schuldverhältnis weiter gefaßt werden kann, als Titze will; d. h. daß es durchaus möglich ist, außenstehende Dinge in Zusammenhang mit der schuldnerischen Leistungspflicht zu bringen, aber nun nicht dergestalt, daß sie Obligationsinhalt werden und somit eine ganz andere Wirkung im Schuldverhältnisse selbst hervorbringen.

Gläubiger darauf muß verlassen können, daß ihm Leistungen, wie sie nach dem Durchschnittsmaß von jedem Menschen, bezw. von einer größeren oder kleineren Gruppe von Menschen sehr wohl erbracht werden können, auch wirklich prästiert werden.[39] [40] [41]

§ 5.[1]

Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit.

Bereits in der Einleitung dieser Arbeit wurde hervorgehoben, daß vom Gesetzbuche ein bedeutender Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit gemacht wird.

Das Kriterium, das dieser Unterscheidung zugrunde liegt, ist ein zeitliches, wie dieses der Begriff auch ohne weiteres ergibt. Nun sollte man der Meinung sein, daß es nicht schwer sei, eine befriedigende Erklärung für diese beiden Begriffe zu finden, wonach ohne weiteres festgestellt werden kann: hier liegt anfängliche, dort nachträgliche Unmöglichkeit vor. Dem ist aber nicht so. An und für sich ist es wohl unbestreitbar, daß mit „anfänglicher Unmöglichkeit" diejenige gemeint ist, die von Anfang an besteht. Und andererseits ist die nachträgliche Unmöglichkeit diejenige, die erst später entstanden ist. Aber welches ist der maßgebende Zeitpunkt? Auch hier kann kein anderer in Frage kommen als der der Entstehung des Schuldverhältnisses. Denn wie eine unmögliche Leistung im Rechtsleben erst von Bedeutung werden kann, wenn hinsichtlich ihrer Pflichten übernommen werden oder übernommen worden sind, so kann, wenn überhaupt der Zeitpunkt ihres Unmöglichwerdens wichtig sein soll, für die Parteien doch nur der des Vertragsabschlusses in Frage kommen. Vorher hatten sie ja noch

---

[39]) H. A. Fischer S. 13.

[40]) Kleineidam (II S. 122—126) hält die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen zwar auch für gerechtfertigt, verwickelt sich dabei aber, wie H. A. Fischer S. 18 nachgewiesen hat, in logische Widersprüche (s. dazu auch Pakuscher S. 38 Anm. 1).

[41]) s. auch Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 294 ff.

[1]) Was in diesem Paragraphen von der Unmöglichkeit gesagt ist, gilt in gleichem Umfange auch vom Unvermögen.

keine Bestimmungen über besondere Verwendung des Leistungsgegenstandes getroffen und es konnte ihnen deshalb auch einerlei sein, was vorher damit wurde.[2]) Demnach müßte eine anfängliche Unmöglichkeit vorliegen, wenn die Unmöglichkeit im Augenblick des Vertragsabschlusses besteht, eine nachträgliche würde es dann sein, wenn die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluß eintritt.

So haben auch viele den Begriff definiert.[3]) Indessen kann ich dieser Erklärung meine volle Zustimmung nicht geben, ich halte sie für ungenau. Das zeigt sich leicht dann, wenn man eine vorübergehende Unmöglichkeit annimmt.[4]) A und B schließen z. B. einen Vertrag auf Lieferung von Kali ab. Es wird vereinbart, daß es mit der Lieferung nicht sehr eile, daß sie vielmehr noch im Februar 1913 bewirkt werden könne. Als der Vertrag abgeschlossen wurde, bestand in dem Ort, wohin die Lieferung erfolgen sollte, ein Einfuhrverbot, das bis Ende 1912 in Kraft bleiben sollte, wovon die Parteien aber nichts wußten. Nach Titzes und der übrigen Meinung müßte jetzt anfängliche Unmöglichkeit vorliegen, da bei Vertragsschluß die Leistung nicht bewirkt werden kann. Nach ausdrücklicher Parteiabrede kommt aber der B mit seiner Leistung immer noch früh genug im Februar 1913. Dann ist auch die Leistung möglich. Der A könnte aber jetzt nach der zitierten Ansicht sich auf § 306 BGB.[5]) berufen und die Annahme der Leistung und event. die Bewirkung der ihm obliegenden Gegenleistung ablehnen, weil der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet wäre. Daß das ein nicht zu billigendes Resultat ist, liegt auf der Hand. Man kann dem auch nicht mit folgender Argumentation ausweichen, daß nach Absicht der Parteien erst im Februar 1913 geliefert werden soll, daß also der Obligationsinhalt „die Lieferung von Kali im Februar 1913" sei und dieser Inhalt ja bewirkt werden, für die Anwendung von § 306 kein Raum sein könne. Denn auf die Fälligkeit und den Zeitpunkt, wo die Leistung bewirkt

[2]) Selbstverständlich ist es dem Eigentümer einer Sache persönlich niemals einerlei, was mit seiner Sache wird. Hier aber kommt es darauf an, was für beide Parteien von Wichtigkeit ist.

[3]) So Titze S. 53; Kleineidam S. 29/30; Kisch S. 25; H. A. Fischer S. 40; dagegen Krückmann a. a. O. S. 106.

[4]) s. zum folgenden besonders Krückmann S. 70 ff.

[5]) „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

werden kann, soll es nach der Theorie Titzes und der übrigen nicht ankommen. Ist die Leistung im Moment des Abschlusses des Vertrags nicht bewirkbar, und zwar objektiv nicht bewirkbar, so ist der Vertrag nichtig. Die sofortige Lieferung des Kalis ist unmöglich, der Vertrag also nach § 306 BGB. nichtig. Die Vereinbarung des noch Liefernkönnens im Februar 1913 ist eine Verlängerung der Erfüllungszeit, event. auch ein zweiter Vertrag. Die verlängerte Erfüllungszeit kommt aber infolge der Nichtigkeit des Vertrages nicht in Betracht. Dem neuen Vertrag geht es ebenso wie dem früheren.

Es gilt also, einen Ausweg zu finden. Daß der nur unter Aufgabe der zitierten Theorie gefunden werden kann, leuchtet ein.

Bleiben wir bei dem genannten Beispiel, so ist doch folgendes klar. Die Parteien, insbesondere der Gläubiger A, hat bei Vertragsabschluß unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er auch im Februar 1913 noch Interesse an der Lieferung hat; er will diese aber um deswillen ablehnen, weil er erfahren hatte, daß im Moment des Vertragsschlusses die Leistung unmöglich gewesen sei. Ein solches Vorgehen verstößt zweifellos gegen Treu und Glauben, doch kommen wir damit nicht vorwärts, weil der Vertrag ja kraft positiver Gesetzesbestimmung nichtig sein soll. Dann nützt auch die ganze Lehre von Treu und Glauben nichts mehr. M. E. gelangt man aber am besten zum Resultat, wenn man Krückmann folgt und sagt, daß der Vertrag immer so auf eine Leistung gerichtet wird, daß die Parteien erst am Fälligkeitstage Interesse daran haben, daß also die Parteivereinbarungen direkt auf die fälligen Leistungen gehen und diese sich als diejenigen charakterisieren, auf die der Vertrag gerichtet ist. Dann aber haben wir es in unserem Beispiel mit einer möglichen Leistung zu tun. Denn der Fälligkeitstermin kann nur einen Augenblick umfassen oder einen längeren Zeitraum. Im fraglichen Beispiel ist eben als äußerste Zeitgrenze der Fälligkeit Februar 1913 vereinbart worden. Ist aber die Leistung in dieser Zeit nur einmal möglich, so ist der Vertrag auf diese mögliche Leistung gerichtet und deshalb gültig. Demnach stelle ich mit Krückmann[6]) fest, daß

[6]) Krückmann S. 107; dafür Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 274 und Oertmann Bem. zu § 306, Ia, β.

„eine anfänglich unmögliche Leistung nur dann vorliegt, wenn diese Leistung bei und nach ihrer Fälligkeit unmöglich ist und diese Unmöglichkeit in Umständen ihren Grund hat, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden".[7])

Hinsichtlich der Begriffsfeststellung der nachträglichen Unmöglichkeit dahin, daß

„diese dann vorliegt, wenn sie nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist",

habe ich keine Bedenken einzuwenden. Nur will ich darauf hingewiesen haben, daß in den Fällen, in denen sich bei Vertragsabschluß mit Sicherheit die eintretende Unmöglichkeit voraussehen läßt, anfängliche und nicht nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, wenn die Unmöglichkeit eintritt.[8]) „Der Umstand, durch den die Leistung unmöglich gemacht wurde, war eben schon beim Vertragsabschluß vorhanden." In gewissen Fällen ist die Feststellung der anfänglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit zweifelhaft und bestritten. Es sind dies solche Fälle, in denen der abgeschlossene Vertrag noch nicht sogleich in seine volle Wirksamkeit tritt, sondern diese noch in pendente ist und von dem Eintreten eines Ereignisses abhängt, und bei denen zwischen Abschluß des Vertrages und Eintritt des Ereignisses die Leistung unmöglich wird. Hierher gehören die Verträge, die von in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen abgeschlossen werden; ferner solche, bei denen die Zustimmung des Vormundes, Gegenvormundes, des Ehemanns, der Ehefrau oder einer Behörde erforderlich ist. Am wichtigsten sind aber die unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins abgeschlossenen Rechtsgeschäfte.[9]) Was für diese gilt, läßt sich auf die anderen leicht analog übertragen.

---

[7]) Infolgedessen brauche ich auch nicht wie Titze a. a. O. S. 53, 221 die Werkverträge usw. als Ausnahmen von § 306 BGB. zu konstruieren.

[8]) s. dazu Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 86; vgl. auch Kleineidam I S. 86; dafür Oertmann § 306 1 a, 3, δ.

[9]) Die Resolutivbedingung und der Endtermin machen keine Schwierigkeiten, da ein sofort wirksames Rechtsgeschäft entsteht, dessen Ende von der Bedingung oder dem Endtermin abhängig gemacht ist. Kisch I S. 27.

Ich verweise auf die oben gegebene Definition der anfänglichen Unmöglichkeit, wonach bei der anfänglichen Unmöglichkeit die Unmöglichkeitsgründe bei Abschluß des Vertrages vorliegen müssen. Da dieses hier nicht der Fall ist, liegt eine anfängliche Unmöglichkeit nicht vor. Infolgedessen, wird man sagen, liegt also eine nachträgliche Unmöglichkeit vor. Dieses nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller an.[10]) Indessen zeigt H. A. Fischer,[11]) daß diese Entscheidung nicht richtig sein kann. Nachträgliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn sie nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintritt. Entstanden sei hier das Schuldverhältnis noch gar nicht, dieses trete gemäß § 158 erst mit Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins ein. Infolgedessen sei weder anfängliche noch nachträgliche Unmöglichkeit vorhanden. Trotzdem

> „werden wir sie aber der nachfolgenden anzugliedern haben. Denn wenn vor Eintritt der Bedingung das Schuldverhältnis auch noch nicht entstanden ist, so wird doch die vor Eintritt der Bedingung bestehende Aussicht des Berechtigten: „die Erwerbsberechtigung", in allen wichtigeren Beziehungen selbst wie ein Recht behandelt, und diese wird, nachdem sie durch Vertrag begründet war, nachträglich von der Unmöglichkeit zerstört.[12])

Schollmeyer[13]) geht noch weiter. Er stellt in dem erwähnten Fall das Vorliegen anfänglicher Unmöglichkeit fest.

Ich kann mich Schollmeyer nicht anschließen. Er übersieht, daß die Gründe der anfänglichen Unmöglichkeit im Moment des Vertragsschlusses vorliegen müssen, damit von einer anfänglichen Unmöglichkeit überhaupt gesprochen werden kann. Wer wollte aber leugnen, daß bei einem bedingten Vertrag der Vertragsabschluß nicht sofort erfolgt wäre.

Sodann ergäbe sich ein widersinniges Resultat, folgte man Schollmeyers Ansicht.

---

[10]) So Titze S. 94; Oertmann § 306, Iay; Kisch I S. 27; 30; Planck zu § 275 Nr. 2; Endemann S. 693/94; Enneccerus S. 13; vgl. für das gemeine Recht: Mommsen S. 1, 102, 230 f.; Brinz II, § 278; Windscheid II, § 264.

[11]) H. A. Fischer S. 42 f.; so auch Kleineidam S. 87 ff.

[12]) H. A. Fischer S. 44 unten, 45.

[13]) Schollmeyer S. 98 zu § 275 b.

Oertmann führt hier treffend aus[14]):

„Die gegnerische Meinung müsse z. B. den für verantwortlich erklären, der einem anderen einen Gegenstand bedingt verspricht (z. B. eine seltene Marke oder eine Münze, falls er die Staatsprüfung besteht), wofern er ihm vor erfüllter Bedingung zufällig abhanden kommt, während er bei unbedingtem Versprechen haftfrei wäre."[15])

Ich erachte damit Schollmeyers Ansicht für widerlegt. In der Tat sind die Konsequenzen, die sich aus der herrschenden Lehre ergeben, besser und annehmbarer. Ob man nun dabei Fischer und Kleineidam folgen will und sich auf einen so strengen Standpunkt stellen will oder nicht, mag dahingestellt bleiben. Denn im Resultat stimmen sie ja mit den übrigen überein. Zuzugeben ist, daß bei strenger Auslegung von nachfolgender Unmöglichkeit mit Rücksicht auf § 275 Abs. 2 BGB. nicht gesprochen werden kann. Ich sehe aber keine zwingenden Gründe, weswegen so streng interpretiert werden muß, wenn doch die Sätze der nachfolgenden Unmöglichkeit angewandt werden sollen. Dann kann man m. E. auch einmal etwas freier interpretieren und darum im fraglichen Falle nachfolgende Unmöglichkeit annehmen.[16]) — Auch die Berechtigung der prinzipiellen Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit bekämpft Titze.[17]) Sie sei ein juristisch-logischer Fehler. Bei der Frage nach der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung komme es auf hauptsächlich zwei Momente an, nämlich auf den Moment der Fällig-

---

[14]) Oertmann zu § 306, Ia γ.

[15]) Ferner wäre § 308 Abs. 2 überflüssig, wenn es auf den Eintritt der Bedingung ankäme, da dann eine von vornherein mögliche Leistung vorläge; vgl. Oertmann zu § 306, Ia γ. Weitere Gründe gegen Schollmeyer s. Kisch I S. 27; Fischer S. 43.

[16]) Die übrigen Fälle, in denen der Vertrag nicht sofort perfekt wird, brauchen hier nicht einzeln erörtert zu werden, da das Gesetz selbst die Perfektion regelt. Man denke z. B. an einen Vertrag, für den eine Beurkundung vorgesehen ist, ferner an die Fälle der §§ 147, 151 u. a. m. Desgleichen ist ein Vertrag, dessen genauer Inhalt durch einen Dritten bestimmt werden soll, sofort wirksam, wenn die Parteien ihn schließen (vgl. § 315 BGB.).

[17]) Titze S. 54 ff.

keit und auf den Zeitpunkt, bis zu welchem die nachträgliche Bewirkung der Leistung noch als Erfüllung gelten könne.

„Denn ebenso wie es gleichgültig ist, ob eine Leistung, deren Bewirkung innerhalb des vorhin gedachten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit allein relevanten Zeitraums nicht möglich war, nach Ablauf desselben noch möglich wird, genau so ist es auch gleichgültig, ob eine Leistung, die zu bewirken während dieses Zeitraumes möglich ist, früher einmal unmöglich war. Überhaupt hat das Urteil, eine Leistung ist unmöglich, einen Wert nur dann, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistung verpflichtet ist. Darum hat auch das Urteil: eine Leistung ist in einem bestimmten Zeitpunkt unmöglich, nur dann einen Wert, wenn die Leistung in diesem Zeitpunkt zu bewirken ist. Da nun aber im Moment der Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung in der Regel nicht prästiert zu werden braucht, so kann der Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit, insofern er weiter nichts besagt, als daß der Schuldner in diesem Zeitpunkt zu leisten außerstande ist, für die Beantwortung der Frage: welchen Einfluß hat die Unmöglichkeit der Leistung auf die schuldnerische Verbindlichkeit? nutzbringend offenbar nicht sein."[18])

Aus dieser Begründung ist hervorzuheben, daß Titze selbst damit zugibt und nachweist, daß seine eigene Feststellung des Begriffes „anfängliche Unmöglichkeit" unzulänglich ist. Er sagt nämlich, um dieses noch einmal ins Gedächtnis zurückzurufen, wörtlich[19]):

„Nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches ist also ein Vertrag auf ‚eine unmögliche Leistung' schon dann ‚gerichtet', wenn er in dem Moment, in dem er abgeschlossen wird, nicht erfüllt werden kann, einerlei ob er in diesem Zeitpunkt zu erfüllen ist oder nicht".

Und er hat wohl recht, dann zu fragen, warum das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit,

---

[18]) Titze S. 58.
[19]) Titze S. 53.

der so ja weiter nichts besagte, als daß der Schuldner im Moment des Vertragsschlusses nicht leisten kann, operiert und ihm so weitgehende Wirkungen beilegt. Daß es aber für die Frage der Möglichkeit der Leistung auch auf den Zeitpunkt der Fälligkeit, wo die Leistung bewirkt werden muß, ankommt und nicht lediglich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, erkenne ich an, gibt Titze zu und hat Kleineidam[20]) weiter ausgeführt.

Nun frage ich, warum legt Titze bei Beurteilung der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung einen andern Maßstab an als bei Beurteilung der anfänglichen Unmöglichkeit? Warum soll das eine Mal ein entscheidendes Gewicht — wie es übrigens durchaus richtig ist — auch auf den Zeitpunkt der Fälligkeit gelegt werden, und warum soll derselbe Zeitpunkt ein anderes Mal, wo es sich doch immerhin auch um Unmöglichkeit handelt, nicht nur nicht eine untergeordnete Rolle spielen, sondern sogar ganz wegfallen? Das beweist, daß nicht das Gesetz einen Fehler gemacht hat, als es den Begriff der Unmöglichkeit in eine anfängliche und nachträgliche teilte, sondern daß Titze einen Fehler gemacht hat, als er den Begriff „anfängliche Unmöglichkeit" abgrenzte. Es wäre richtiger gewesen, er hätte auch dabei den Zeitpunkt der Fälligkeit im Auge behalten und hätte dahin abgestellt, wie wir getan haben, daß von anfänglicher Unmöglichkeit dann geredet werden muß, wenn die Unmöglichkeit der Leistung bei oder während der Fälligkeit besteht und ihren Grund hat in Hindernissen, die schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vorhanden waren.[21]) Alsdann begegnet man auch keinem logisch-fehlerhaften Resultat, denn dann sagt uns die anfängliche Unmöglichkeit, daß

> „die Leistung bei Fälligkeit mit Notwendigkeit nicht geschieht und daß die Gründe dafür schon bei Vertragsschluß vorhanden waren".

Damit ist der Vorwurf Titzes beseitigt, daß die anfängliche Unmöglichkeit schon um deswillen überflüssig sei, weil sie weiter nichts besage, als daß der Schuldner zur Zeit des Vertragsab-

---

[20]) Kleineidam S. 29ff.

[21]) Wenn hier noch eingewandt werden soll, daß das nicht einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag bedeute, so verweise ich auf die obigen Ausführungen in dieser Hinsicht.

schlusses nicht erfüllen könne. Tatsächlich besagt sie, daß überhaupt nicht erfüllt werden kann, auch dann nicht, wenn erfüllt werden soll, und daß dies von Anfang an begründet war. Bei dem so gewonnenen Begriff muß Titze selbst zugeben, daß der Begriff der „anfänglichen Unmöglichkeit" für die Beantwortung der Frage: welchen Einfluß hat die Unmöglichkeit der Leistung auf die schuldnerische Verbindlichkeit? doch nutzbringend ist. Denn er leugnet dies nur für den Fall, daß

> „der Begriff weiter nichts besagt, als daß der Schuldner in diesem Zeitpunkt (nämlich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses) zu leisten außerstande ist".

Daß wir damit auf dem richtigen Wege zum richtigen Resultat[22]) gelangt sind, ergeben folgende Erwägungen.

Der Unmöglichkeit wohnt, wie wohl allgemein zugegeben wird, eine „obligationszersetzende Kraft" inne.[23]) Das heißt, es geht ein Schuldverhältnis unter in dem Moment, wo sich der Bewirkung der Leistung Hindernisse in den Weg stellen, die ihre Unmöglichkeit bewirken. Liegen also die Hindernisgründe bei Vertragsabschluß vor, so muß er nichtig sein, das erfordert die Logik des geltenden Rechts. Treten nach Vertragsabschluß solche Hindernisse ein, so muß von da ab das Schuldverhältnis erlöschen, das erfordert ebenfalls die Logik des geltenden Rechts.

Dementsprechend hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch Verträge der ersteren Art für nichtig erklärt (§ 306), für Verträge der letzteren Art hat es Untergang der Verbindlichkeit eintreten lassen (§§ 275, 323).[24])

Titze hält dieses nicht für unumgänglich notwendig, sondern meint, daß es wohl denkbar sei, daß ein auf eine anfänglich unmögliche Leistung gerichteter Vertrag rechtsgültig vereinbart werde.[25]) Es sei ja zuzugeben, daß die Obligation regelmäßig zu

---

[22]) Nämlich daß ein sinngemäßer (logischer) Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit besteht.

[23]) H. A. Fischer S. 39; Kisch II S. 546.

[24]) Für die Fälle des Verschuldens ist allerdings eine Haftung des Schuldners notwendig, aber das ist doch immer ein aliud, die Vertragsleistung wird nicht bewirkt, braucht nicht und kann auch nicht bewirkt werden.

[25]) Titze S. 242 f. Seine Vorschläge sind dort allerdings de lege ferenda,

keiner actio führe, aber der Vertrag könne doch vereinbart werden. Denn dann schlinge sich doch wenigstens das Rechtsband um die Parteien.

Wenn das zutreffen soll — ich will von der Zweckmäßigkeit und inneren Berechtigung absehen —, so muß zuerst mit dem Grundsatz gebrochen werden, daß die Unmöglichkeit „obligationszersetzende Kraft" habe. Denn „obligationszersetzende Kraft" haben, bedeutet doch gerade, daß die Unmöglichkeit auch ohne Willen der Parteien das Schuldverhältnis zerstört. Wird es aber in dieser Weise zerstört, dann kann keine Partei — und wenn das Recht auch noch so wenig gegen solche Vereinbarungen einzuwenden haben sollte — einen rechtsgültigen Vertrag auf eine anfänglich unmögliche Leistung vereinbaren, da in demselben Augenblick ohne Willen der Partei der Vertrag zerstört wird.[26])

Die Frage müßte m. E. nicht lauten: Ist es undenkbar, einen Vertrag auf eine anfänglich unmögliche Leistung zu vereinbaren?, sondern so: Läßt sich mit dem Prinzip der „obligationszersetzenden Kraft der Unmöglichkeit" brechen?

Das geht m. E. nicht. Denn es ist doch nicht möglich, von diesem Prinzip bei der anfänglichen Unmöglichkeit abzugehen, um es nachher, nachdem der Gleichstellung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit nichts mehr im Wege steht und diese vollzogen ist, wiederaufzunehmen. Dann würden wir uns in einem circulus vitiosus bewegen. Die obligationszersetzende Kraft der Unmöglichkeit erkennt aber auch Titze nach wie vor an.

Bleibt es demnach logisch gerechtfertigt, einen auf eine anfänglich unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für nichtig zu erklären und bei einer nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung ein Erlöschen des Schuldverhältnisses eintreten zu lassen, so besteht eine Berechtigung für den Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit.

---

worauf hier nicht eingegangen werden kann, aber da es sich hier um die logische Berechtigung des Unterschiedes zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit handelt, müssen sie hier verwandt werden. Träfen sie zu, bestände ja de lege lata eine logische Berechtigung nicht.

[26]) vgl. H. A. Fischer S. 39, der zuzustimmen scheint.

Hiergegen scheint nur noch ein Bedenken zu sprechen, nämlich § 308 Abs. 1 BGB.[27]) Es scheint, als ob dadurch auf unmögliche Leistungen gerichtete Verträge zugelassen seien. Dem ist aber nicht so. Der Vertrag kann nur für den Fall geschlossen werden, daß die Leistung möglich werden kann und auch wird. Wird sie es nicht, so ist der Vertrag gleichfalls nichtig.

Es ist also nicht schlechthin zugelassen, irgendeine unmögliche Leistung in einem Vertrage für den Fall zu vereinbaren, daß sie möglich wird, sondern die Unmöglichkeit muß außerdem noch hebbar sein. Es ist also eine ganz besondere Art der Unmöglichkeit gemeint. Die Zulässigkeit des § 308 Abs. 2 BGB.[28]) erklärt sich aus unserer Definition des Begriffs anfängliche Unmöglichkeit von selbst. Diese kommt ja erst in Frage, wenn der Schuldner leisten soll, d. i. nach Eintritt der Bedingung. Besteht dann noch die Unmöglichkeit, so ist der Vertrag nichtig. Es ist eine logische Konsequenz aus dem ganzen Prinzip.

§ 6.

Vollständige und teilweise Unmöglichkeit. Zeitweilige Unmöglichkeit.

Wenn bei einer Leistung seitens des Schuldners von Unmöglichkeit der Bewirkung dieser Leistung gesprochen wird, so kann dies entweder so verstanden werden, daß es unmöglich ist, die ganze Leistung zu bewirken, oder daß nur ein Teil der Leistung unmöglich bewirkt werden kann. Im ersteren Falle spricht man von vollständiger, im letzteren von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung.

Diese Begriffe bedürfen als solche einer näheren Erklärung

---

[27]) „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird."

[28]) Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter der Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird.

nicht; es bedarf nur näherer Ausführungen, wann eine teilweise, wann eine vollständige Unmöglichkeit anzunehmen ist.

„Bei [1]) jeder Leistungspflicht können wir drei verschiedene Seiten unterscheiden: die zeitliche, die örtliche und die gegenständliche. Es kann nun eine Leistung nach allen drei Richtungen hin unmöglich werden, so daß sie nie und nirgends bewirkt werden kann. Dann handelt es sich selbstverständlich um eine totale Unmöglichkeit der Leistung. Es kann aber auch eine solche Leistung nur in einer einzelnen der gedachten Beziehungen unmöglich werden. Welche Art von Unmöglichkeit anzunehmen ist, hängt von dem Verhältnis ab, in dem die einzelnen Seiten der Leistung zu deren Gesamtinhalt stehen. Es ist darum notwendig, dieses Verhältnis des näheren festzustellen."

1. An und für sich legt das Gesetz dem Zeitpunkt einer Leistung keine so große Wichtigkeit bei, daß es an die Verletzung dieses Zeitpunkts die strengen Regeln der Unmöglichkeit knüpfen wollte.[2]) Daher haben auch die meisten den Fall, daß die Leistung nicht zur rechten Zeit bewirkt wird, nicht zur Unmöglichkeit gerechnet, sondern darauf die Regeln vom Verzug angewandt.[3]) Mit Recht, denn diejenigen, die schon hierin eine, wenn auch nur teilweise Unmöglichkeit sehen,[4]) sind mit den Verzugsvorschriften in Konflikt geraten und, soweit sie den Verzug selbst als teilweise Unmöglichkeit aufgefaßt haben,[5]) kommen sie zu dem befremdenden Resultat, daß das Bürgerliche Gesetzbuch der Lehre von der teilweisen Unmöglichkeit eine doppelte — und verschiedene — Regelung hat angedeihen lassen.[6])

---

[1]) Titze a. a. O. S. 31, 32 u. 33 (stellenweise).

[2]) vgl. Oertmann Vorbem. zu § 275, 4.

[3]) So Lotmar, Arbeitsvertrag Bd. 2 S. 159, bes. Anm. 2, 166, 674; Krückmann S. 75, 147; Dernburg § 71 Anm. 4; Kisch in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 351 u. a. m. — Besonders wendet sich Krückmann gegen die Ansicht, daß die Zeit immer eine wichtige Rolle spielt.

[4]) Titze S. 33; anscheinend auch H. A. Fischer S. 36/37.

[5]) Titze S. 4.

[6]) vgl. Oertmann a. a. O.; Krückmann S. 147 ff.

Von Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit läßt sich vielmehr nur dann reden, wenn diese Zeit nach dem Willen der Parteien eine so wichtige Rolle im Vertrage spielen soll, daß mit ihrer Innehaltung bezw. mit ihrer Nichtinnehaltung das Geschäft steht bezw. fällt.[7]) In solchen Fällen hat aber der Umstand, daß in dem vereinbarten Zeitpunkt die Leistung nicht bewirkt werden kann, die Bedeutung, daß nunmehr die Leistung überhaupt nicht möglich, d. h. vollständig unmöglich ist. Eine teilweise Unmöglichkeit kommt hier nicht in Frage.

Hier muß indessen bemerkt werden, daß bei den übrigen Leistungen ebenfalls schließlich eine Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit eintreten kann. Denn

> „jede Leistung trägt eine mehr oder minder lange Erfüllungsgrenze in sich, mit deren Überschreitung die Möglichkeit vertragsmäßiger Erfüllung entschwindet".[8])

Aber auch in solchen Fällen tritt dann eine vollständige Unmöglichkeit ein. Als Mittel zur Erreichung der Erfüllungsgrenze sei hier nur die Fristsetzung genannt.[9])

2. Ebenso verhält es sich mit der Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung des Ortes. Auch hier ist nach dem Parteiwillen festzustellen, ob dem Leistungsort eine so wesentliche Bedeutung beigelegt werden soll, daß die Nichtlieferung an demselben eine Erfüllung des Vertrages unmöglich machen soll oder nicht. Im ersteren Falle liegt vollständige Unmöglichkeit vor, im letzteren eine *mögliche* Leistung.

> „Überhaupt ist bei Licht besehen die teilweise Unmöglichkeit in Ansehung des Ortes in Wirklichkeit eine teilweise Unmöglichkeit der Zeit nach, d. h. im Sinne Titzes."[10])

---

[7]) z. B. Fixgeschäfte, wobei zwischen echten und unechten Fixgeschäften zu unterscheiden ist. Echte Fixgeschäfte sind solche, die bei Verletzung des Zeitpunkts der Lieferung nichtig sind; unechte solche, bei denen der Gläubiger die Wahl zwischen Ablehnung der Leistung oder Erfüllung hat. Hier ist also die Unmöglichkeit jedenfalls bis zur Entscheidung des Gläubigers noch in pendente. Vgl. Titze S. 34, Anm. 3; H. A. Fischer S. 36/37.

[8]) Oertmann Vorbem. zu § 275,4.

[9]) z. B. im § 283 BGB.

[10]) Krückmann a. a. O. S. 152.

3. Endlich kann eine Leistung unmöglich sein in Ansehung des Leistungsgegenstandes selbst. Ist sie es in Ansehung des ganzen Gegenstandes, so liegt vollständige Unmöglichkeit vor. Ist sie es in Ansehung nur eines Teils des Gegenstandes, so ist man richtiger Ansicht nach nicht berechtigt, ohne weiteres von teilweiser Unmöglichkeit zu sprechen. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Obligation an sich teilbar ist oder nicht.

Eine Obligation kann in doppelter Beziehung teilbar oder unteilbar sein. Einmal kann die Unteilbarkeit die Logik selbst verbieten, die Obligation zu teilen, die Obligation ist alsdann logisch unteilbar;[11]) ein anderes Mal soll dieses nach dem Parteiwillen nicht geschehen, während an und für sich betrachtet, die Obligation teilbar ist.[12])[13])

Daß es überhaupt auf die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit ankomme, hat Schöller[14]) bestritten. Er meint, der ganze Unterschied werde künstlich aufgebracht. Wenn wirklich die teilweise Unmöglichkeit der vollständigen gleichstehe, wenn die Obligation nach dem Parteiwillen unteilbar sei, so könne das einen Sinn doch nur dann haben, daß eine solche teilweise Unmöglichkeit nicht nur den Gläubiger davon entbinde, den noch möglichen Teil der Leistung annehmen zu müssen, sondern bei der zufälligen Unmöglichkeit des § 323 auch den Schuldner, den noch möglichen Teil bewirken zu müssen, daß also der Schuldner von der ganzen Leistungspflicht befreit werde. Damit könne den berechtigten Interessen des Gläubigers aber schlecht gedient sein. Er könne aus Gründen, die ganz außerhalb der Vertragssphäre lägen, an der teilweisen Bewirkung ein dringendes Interesse haben, obwohl die Leistung nach Inhalt des Vertrages als unteilbar gedacht sei. Wolle man den Fehler vermeiden und es auf den Willen des Gläubigers abstellen, ob der Vertrag teilweise erfüllt werden solle

---

[11]) z. B. Lieferung eines Reitpferdes.

[12]) z. B. Lieferung von vier Pferden als Viergespann.

[13]) vgl. art. 1218 code civil: L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous le quel elle est considérée dans l'obligation, ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

[14]) Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 540 ff.

oder nicht, so würde man damit zugestehen, daß eben auch bei unteilbaren Leistungen die Folgen der teilweisen Unmöglichkeit gesetzlich zugelassen seien.

Diese Gründe sind nicht geeignet, die oben mitgeteilte Ansicht zu erschüttern. Hat der Gläubiger ein solches Interesse, wie Schöller ausführt, dann vereinbart er nicht, mag dieses Interesse auch außerhalb der Parteivereinbarungen liegen, die fragliche Leistung als unteilbar. Es bedeutete für ihn einen Widerspruch mit sich selbst, wenn er zum Schuldner hin das Interesse hervorhöbe, das er an der Bewirkung der Leistung als Ganzes habe, und wenn er nach anderer Seite hin ein brennendes Interesse hätte, doch wenigstens einen Teil der Leistung zu erhalten.

Taucht dieses von Schöller erwähnte Interesse erst nach Vertragsschluß auf, so kann sich zweierlei ergeben:

a) entweder das alte Interesse an der Unteilbarkeit der Leistung besteht fort, dann muß der Gläubiger für dieses, sein neues Interesse sowieso anderweite Befriedigung suchen, oder aber

b) das alte Interesse wird durch dieses neue konsumiert, dann bleibt es dem Gläubiger unbenommen, jetzt eine andere Regelung zu treffen. Dem Schuldner wird es meistens einerlei sein, wie die Leistung bewirkt wird, und er wird deshalb zustimmen. Tut er es nicht, so kann § 226 BGB. vielleicht helfen.

Demnach kommt es für die teilweise Unmöglichkeit nach wie vor darauf an, ob die Obligation teilbar ist oder nicht. Je nachdem das angebotene Objekt ein aliud oder tatsächlich ein Teil des geschuldeten Gegenstandes und somit wirkliche teilweise Erfüllung ist, liegt vollständige oder teilweise Unmöglichkeit vor.[15])

Vielfach hat man unter den Begriff teilweise Unmöglichkeit auch die zeitweilige Unmöglichkeit gebracht. Das ist in dieser Allgemeinheit jedoch nicht richtig. Unter zeitweiliger Unmöglichkeit kann man zweierlei verstehen.

---

[15]) Über den Fall, daß der Verkäufer statt Eigentum und Besitz zu verschaffen nur Eigentum oder nur Besitz verschaffen kann, vgl. Titze S. 45; H. A. Fischer S. 34/35. Insbes. vgl. Krückmann S. 155ff. zu diesem Abschnitt.

a) Es ist unmöglich, daß die Leistung zur rechten Zeit bewirkt werden kann. Es wurde bereits oben schon darauf hingewiesen, daß alsdann an sich keine Unmöglichkeit vorliegt. Es wird die Bewirkung der Leistung nur gehemmt; der Schuldner kommt, sofern ihn kein Verschulden trifft, grundsätzlich nicht in Verzug.

Nur bei Dauerleistungen (z. B. Miete, Leihe) bewirkt die Unmöglichkeit der Leistung zur rechten Zeit eine teilweise Unmöglichkeit, indessen kann auch dieses zweifelhaft sein.[16])

Ferner ist es auch möglich, daß eine zeitweilige Unmöglichkeit eine totale dauernde Unmöglichkeit begründet. Hierfür finden sich Beispiele aus der Praxis.[17]) Dort war eine Mühle, von der ein nur gerade dort herstellbares Mehl geliefert werden sollte, verbrannt, so daß ihre Inbetriebsetzung und damit die geschuldete Leistung auf längere Zeit (6—8 Monate) unmöglich geworden war. Das Reichsgericht folgert daraus eine dauernde, befreiende Unmöglichkeit der Leistung. Der Zweck des Vertrages sei durch den unverhältnismäßigen Lieferungsaufschub unmöglich geworden, zumal bei einer Ware, die sehr erheblichen Konjunkturen und Preisschwankungen unterliegt. „Die Unmöglichkeit stellt sich im Sinne des Rechts auch dann als eine dauernde dar, wenn zufolge einer notwendigen Verzögerung der Lieferung der Leistungsinhalt ein anderer wird."[18])

b) Die zeitweilige Unmöglichkeit kann sich aber so darstellen, daß die an sich mögliche Leistung nicht rechtzeitig geschieht, besonders infolge Verzugs. Dann löst sie eine Unmöglichkeit für die Vergangenheit aus, dagegen nicht für die Zukunft.

Es erhellt, daß der Begriff zeitweilige Unmöglichkeit „besser selbständig zu fassen und in Gegensatz zur „dauernden" Unmöglichkeit zu setzen ist.[19])

---

[16]) vgl. Schöller in Gruchots Beitr., Bd. 45 S. 546; Kisch I S. 18 ff., 24 ff., II S. 515. Auch Titze Bd. 2 S. 351 ff.

[17]) RG. in Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 176 S. 282, Bd. 57 Nr. 81 S. 140.

[18]) s. Oertmann Vorbem. zu § 275,5a.

[19]) Schröder konstruiert hier einen besonderen Begriff Ungewißheit, nämlich dann, wenn zunächst noch nicht alle zur Leistung erforderlichen Tatbestandsmomente vorliegen, ihr etwaiger späterer Eintritt aber erwartet werden kann.

§ 6a.

Zu vertretende und nicht zu vertretende, fingierte Unmöglichkeit.

Endlich sind hier noch zwei Arten der Unmöglichkeit zu erwähnen.

Es sind dies die nicht zu vertretende und die zu vertretende, sowie die fingierte Unmöglichkeit.

Die nicht „zu vertretende" oder „zufällige" Unmöglichkeit ist diejenige, die von niemanden, d. h. hier weder vom Gläubiger noch vom Schuldner verursacht ist.

Die „zu vertretende" Unmöglichkeit ist die Unmöglichkeit, die durch ein schuldhaftes Handeln verursacht worden ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das schuldhafte Handeln vom Gläubiger oder vom Schuldner ausgehen kann.

Wann ein schuldhaftes Handeln vorliegt, läßt sich generell nicht sagen. Einen Maßstab werden §§ 276, 277, 279 BGB. und sobald es sich um die Haftung für Verschulden Dritter handelt, auch § 278, event. § 831 BGB. bieten können. Da es jedoch viele Fälle gibt, in denen von dem Grundsatz der Haftung des Schuldners abgewichen wird und da die §§ 276—279 BGB. selbst nur dispositives, d. h. durch Parteiwillen abänderbares Recht[1]) enthalten, wird von Fall zu Fall zu untersuchen sein, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht.

Bei der „fingierten Unmöglichkeit" handelt es sich, wie der Name schon sagt, gar nicht um eine eigentliche Unmöglichkeit, sondern um eine an und für sich mögliche Leistung, die vom Recht als unausführbar behandelt wird.

Einen solchen Fall will ich durch Hinweis auf § 283 BGB. anführen. Dort kann der Gläubiger, der den nicht leistenden Schuldner zur Leistung hat rechtskräftig verurteilen lassen, diesem

---

(S. 59 ff., 63, 70). Zum Teil ist ihm beizutreten, s. darüber Oertmann Vorbem. zu § 275, 5a.

[1]) Die Vereinbarung des Ausschlusses der Haftung für Vorsatz ist aber nichtig. § 276 Abs. 2 BGB.). Es ist ein pactum ne dolus praestetur. Ausnahme hiervon im § 278 Abs. 2 BGB.

eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung setzen mit dem Hinweis, daß er nach fruchtlosem Ablauf derselben die Erfüllung ablehne.

„Nach Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen"

bestimmt § 283 BGB. Es ergibt sich also z. B., daß der Käufer eines Buches, der dem rechtskräftig verurteilten Verkäufer eine Frist zur Lieferung des Buches gesetzt hat, dieses nicht mehr verlangen kann, wenn die Frist vergeblich verstrichen ist.[2])

---

[2]) Wenn im folgenden von dem Einfluß der Unmöglichkeit auf die Wahlschuld gesprochen wird, so wird natürlich vorausgesetzt, daß die Unmöglichkeit eintritt, bevor noch eine bindende Wahlerklärung abgegeben ist. Denn mit Abgabe dieser gilt gemäß § 262 die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete. Ist diese unmöglich, so haben wir es nur mit einer unmöglichen Speziesleistung zu tun, während die Unmöglichkeit der anderen Leistung überhaupt ohne Bedeutung ist.

Zweites Kapitel.

Die Wirkungen der anfänglichen Unmöglichkeit.

A. Die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit.

§ 7.

Die Ausnahme von dem Prinzip der „obligationszersetzenden Kraft" der Unmöglichkeit und ihre Voraussetzungen.

Während bei einer Speziesschuld der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gemäß § 306 BGB. nichtig ist, bestimmt § 265 BGB. Satz 1 für die Wahlschuld:

> „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen".[1])

Ohne diese Bestimmung müßte der Vertrag auf die Lieferung des Pferdes Ajax gemäß § 306 BGB. nichtig sein. Dann läge ein Fall vor, in dem ein Teil eines Vertrages nichtig wäre, worauf grundsätzlich § 139 BGB.[2]) angewandt werden soll. Die Bestimmung des § 265 BGB. durchbricht aber als lex specialis diesen Grundsatz und erklärt den Vertrag, der auf eine Wahlschuld gerichtet ist, in einem solchen Fall ausdrücklich für gültig.[3])

---

[1]) Entsprechend dem oben im § 2 a. E. mitgeteilten Beispiel ist jetzt zu unterstellen, daß bei Abschluß des Vertrages die Lieferung des Pferdes Ajax bereits objektiv unmöglich war, daß es also z. B. schon tot war.

[2]) Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

[3]) Dafür Oertmann zu § 265 Nr. 1; Enneccerus § 243 I Anm. 1; Schollmeyer § 265 Nr. 2; Litten S. 216; Pescatore S. 252; Landsberg S. 324 Anm. 1; vgl. für das römische Recht l. 128 D. 45, 1.

Dabei ist zu beachten, daß von Anfang an ein einfaches Schuldverhältnis vorgelegen hat. Der Ausdruck des Gesetzes „so beschränkt sich" ist unglücklich gewählt. Das erklärt sich aber daraus, daß vom Gesetz die anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit in einem Satz behandelt worden sind.[4]) Gemeint ist vielmehr, daß die von Anfang an unmögliche Leistung gar nicht erst in obligatione sein kann. Denn wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch hier mit dem Grundsatz des § 139 gebrochen hat, so wollte es doch eben nur hiervon eine Ausnahme machen und nicht etwa bestimmen, daß bei einer Wahlschuld auch die von Anfang an unmögliche Leistung zum Gegenstande des Vertrages gemacht werden kann. Dieses scheint Titze aber anzunehmen, indem er behauptet, daß[5])

> „das Verhältnis nicht etwa so zu denken ist, als ob die anfänglich unmögliche Leistung niemals Inhalt des Schuldverhältnisses geworden sei und darum von vornherein außer jedem Betracht zu bleiben habe. Denn die Beschränkung des § 265 besagt, wie noch aus dem vorigen Paragraphen erinnerlich sein wird, weiter nichts, als daß die Wahl, solange eine der übrigen Leistungen möglich ist, nicht auf die unmögliche Leistung gerichtet werden kann. Der Wahlberechtigte ist also nicht imstande, solange eine der alternativ geschuldeten Leistungen bewirkt werden kann, dadurch daß er die von Anfang an unmögliche Leistung wählt, die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herbeizuführen. Hingegen gewinnt die prinzipielle Zugehörigkeit auch der anfänglich unmöglichen Leistung zum Inhalt des alternativen Schuldverhältnisses sofort Bedeutung einmal, wenn die anfänglich möglichen Leistungen hinterher sämtlich unmöglich werden. Denn dann wird die Wahlbefugnis des Berechtigten unbeschränkt frei, so daß nunmehr auch die anfänglich unmögliche Leistung wählbar ist. Ferner wenn auch nur eine der anfänglich möglichen Leistungen durch einen Umstand

[4]) Pescatore S. 252.
[5]) Titze S. 223/24.

unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat. Denn dann tritt gemäß § 265 Satz 2 die daselbst in Satz 1 angeordnete Beschränkung nicht ein, d. h. es kann jetzt auch die anfänglich unmögliche Leistung gewählt werden".

Wäre Titzes Folgerung richtig, so würde das Gesetzbuch sich mit sich selbst in Widerspruch gesetzt haben. Einmal erkennt es den Satz „impossibilium nulla obligatio est" als logisch notwendig an, nimmt ihn auf und führt ihn durch; das andere Mal sollte es mit ihm gebrochen haben, nur weil es sich um ein alternatives Schuldverhältnis handelt, das sich als solches von der Speziesschuld dadurch unterscheidet, daß von Anfang an zwei oder mehrere Leistungen in obligatione sind. Das kann nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein und ist es auch nicht. Auch bei der Wahlschuld gilt wie überall sonst in Ansehung der unmöglichen Leistung der Satz: impossibilium nulla obligatio est.

Wenn man nun davon ausgeht, daß es den Parteien darauf ankommt, einen gültigen Vertrag zu schließen, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß die Parteien im Falle der Unmöglichkeit der einen Leistung den Vertrag auf die andere allein geschlossen hätten. Und das ist es, was der § 265 ausspricht, mehr nicht. Er stellt lediglich eine dem § 139 BGB. entgegengesetzte Vermutung für die Parteiabsicht auf.[6]) Denn § 265 enthält dispositives Recht, er gilt nicht, wenn ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Demnach ist Titze nicht beizupflichten, wenn er meint, daß die von Anfang an unmögliche Leistung lediglich aus der Wahlmöglichkeit ausscheide und später noch einmal Bedeutung gewinnen könne.[6a]) Seine Folgerungen, wonach auch die unmögliche Leistung in obligatione sein würde, sind nach dem

---

[6]) Ähnlich wie im § 2085 BGB., wo zugunsten der Aufrechterhaltung des Testaments die Unwirksamkeit eines Teils des Testaments so lange nicht schadet, bis der eine solche Behauptung Aufstellende den Beweis für einen anderen Willen des Erblassers erbracht hat.

[6a]) vgl. für das römische Recht l. 128 D. 45, 1: Si duo rei stipulandi ita exstitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur, ei qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur, quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est. Vgl. auch l. 72 § 4 D. 46, 3.

Ausgeführten nicht richtig. Eine solche Leistung kann als nichtige niemals Obligationsinhalt werden, geschweige denn sein.[7]) Wegen der dispositiven Natur ist es zwar möglich, daß die Parteien einen anderen Willen haben und so die Nichtigkeit des ganzen Vertrags bewirken können. Eine solche Absicht braucht auch nicht immer ausdrücklich vereinbart zu sein, sie kann als stillschweigend getroffen auch vorliegen. Bei derartiger[8]) Feststellung ist aber Vorsicht zu beobachten. Nicht Anführen irgendwelcher Umstände genügt, um eine solche stillschweigende Parteivereinbarung annehmen zu können, sondern dazu sind besondere Umstände notwendig, für die event. der die Nichtigkeit des Vertrages Behauptende den Beweis zu erbringen hat. Andernfalls hat es bei der Anwendung von § 265 zu bleiben. Demnach ist dem § 265 BGB. folgende Bedeutung beizumessen:

1. Er bricht nur mit dem Grundsatz des § 139 BGB. und erklärt grundsätzlich, d. h. mangels anderweitiger erkennbarer Parteiabsicht, den Vertrag für gültig.
2. Der Grundsatz impossibilium nulla obligatio wird von § 265 BGB. nicht beseitigt; die anfänglich unmögliche Leistung wird nicht Obligationsinhalt.
3. Auf Grund ausdrücklicher oder aus besonderen Umständen zu entnehmender anderweiter Parteivereinbarung ist der ganze Vertrag für nichtig zu erachten.
4. Nur in den Grenzen von Ziff. 1—3 ist dem § 265 die Bedeutung einer Ausnahme vom Prinzip der „obligationszersetzenden Kraft" zuzuerkennen.

Voraussetzung für die Anwendung von § 265 BGB. ist, daß die eine der beiden geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich ist.[9]) Entsprechend den Erfordernissen des § 306 BGB.

---

[7]) Zust. Oertmann zu § 265 Nr. 1; Pescatore S. 252; Litten S. 216; Dernburg § 44; Planck zu § 265 S. 52; Endemann S. 670 Anm. 21; Enneccerus S. 50; Schollmeyer zu § 275; Staudinger zu § 265 I, 2; Goldmann-Lilienthal S. 307 mit Anm. 9.

[8]) Daß die abweichende Parteivereinbarung stillschweigend getroffen ist.

[9]) Sind beide Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist der Vertrag nichtig.

und dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs[10]) ist es notwendig, daß die Leistung objektiv unmöglich ist.

Unbedenklich und zweifelsfrei ist daher die Anwendung von § 265 BGB. bei Wahlschulden immer dann, wenn sonst, d. h. bei Speziesschulden, § 306 BGB. zutreffen würde. Ist nun in den Fällen, in denen ein Vertrag nicht unter § 306 BGB. fällt,[11]) die Anwendung von § 265 BGB. erst zulässig, wenn feststeht, daß es sich tatsächlich von Anfang an um eine unmögliche Leistung gehandelt hat? M. E. ist diese Frage zu bejahen. Wie in § 306 nur die eigentlich unmögliche Leistung getroffen werden soll, so spricht auch § 265 von einer unmöglichen Leistung schlechthin. Erwägt man aber, daß es sich in den Ausnahmefällen von § 306 im Falle der Gültigkeit des Vertrages in Wahrheit um eine mögliche Leistung handelt, so wird man auch zugeben müssen, daß im Falle des § 265 BGB. eine Leistung erst dann eine unmögliche ist, wenn sie es auch, sofern sie allein geschuldet wäre, nach § 306 BGB. sein würde.

Demnach empfiehlt es sich, die möglichen Ausnahmen kurz zu betrachten.

Keine Ausnahme vom Prinzip des § 306 ist zunächst das sogen. Garantieversprechen. Daß dieses gültig vereinbart werden kann, ist wohl allgemein in Literatur und Praxis anerkannt.[12]) Ein Vertrag mit solchen Leistungsinhalten ist aber um deswillen gültig, weil er sich, ich möchte sagen als ein contractus sui generis mit anderen, durchaus möglichen Leistungsinhalten darstellt.[13]) Die beiden Ausnahmen von § 306, die hier zu betrachten sind, sind vielmehr die zwei Fälle des § 308 BGB.

---

[10]) Daß nämlich die objektive Unmöglichkeit als Unmöglichkeit, die objektiv unmögliche Leistung als unmöglich schlechthin, daß dagegen subjektive Unmöglichkeit als Unvermögen, subjektiv unmögliche Leistungen als Leistungen bezeichnet werden, zu denen der Schuldner unvermögend ist.

[11]) z. B. § 308 Abs. 1 u. 2 BGB.

[12]) So Oertmann § 306 Ziff. 4 S. 158; Schollmeyer § 306, 4a; Staudinger zu § 306; Planck zu § 306. Vgl. auch RG. im Recht 1908 Bd. 2 Ziff. 706; Holdheims Monatsschr. 1909 S. 190; Goldmann-Lilienthal S. 356/57. And. A. anscheinend Titze S. 212 f., der einen solchen Vertrag zwar auch für gültig ansehen will, aber eine Ausnahme von § 306 als vorliegend erachtet. Zutreffend ist m. E. die im Text getroffene Entscheidung.

[13]) s. Schollmeyer § 306, 4a.

Im Abs. 1 des § 308 BGB. ist folgendes bestimmt:

„Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird".[14])

Erforderlich für die Ausnahme ist zweierlei, nämlich

1. daß die Unmöglichkeit gehoben werden kann, **und**
2. daß der Vertrag für den Fall des Möglichwerdens der Leistung geschlossen wird.[15])

Ob eine solche Vereinbarung getroffen worden ist, ist nach den allgemeinen Vorschriften zu beurteilen. Daraus folgt, daß eine solche Vereinbarung auch stillschweigend von den Parteien gewollt sein kann.[16]) Erforderlich ist aber, daß die Parteien die Unmöglichkeit gekannt haben. Ist sie beiden Parteien oder auch nur einer von ihnen unbekannt, so kann § 308 Abs. 1 BGB. keine Anwendung finden. Denn mit Recht sagt Titze[17]):

„Nicht angängig ist es, einem Vertrage, den die Parteien, weil sie von der augenblicklichen Unmöglichkeit der Leistung nichts wußten, als einen unbedingten abschließen wollten, die gedachte Bedingung stillschweigend einzufügen. Das würde eine unzulässige Vergewaltigung des Parteiwillens sein".[18])

Die Möglichkeit einer stillschweigenden Vereinbarung der Bedingung im § 308 Abs. 1 BGB. überhaupt scheint Dernburg

---

[14]) z. B. A hatte sich verpflichtet, Ajax oder die Stute Bellona in tadellosem Zustand zu liefern. Ajax war bei Abschluß des Vertrages krank. Es besteht aber immerhin die Möglichkeit, daß Ajax wieder gesund wird. Dann können die Parteien vereinbaren, daß der Vertrag entweder überhaupt oder nur bezüglich Ajax nur für den Fall gelten soll, daß Ajax wieder besser wird.

[15]) vgl. Oertmann zu § 308, 2a, b.

[16]) Dafür Titze S. 215 f.; Oertmann zu § 308, 2; Kleineidam I S. 31 f.; Rehbein S. 154; Schollmeyer zu § 308 S. 157; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 315 a. E.; Fischer-Henle zu § 308; Endemann S. 694; Enneccerus S. 75. Dagegen anscheinend Dernburg § 61 I, 1.

[17]) Titze S. 216.

[18]) vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 180; für das gemeine Recht Bechmann, Der Kauf Bd. 2 S. 427.

auf S. 153 im § 61 1, I leugnen zu wollen. Dort heißt es nämlich:

> „Kann die Unmöglichkeit gehoben werden und ist der Vertrag ausdrücklich für diesen Fall geschlossen, so ist er als bedingter gültig".

Es kommt darauf an, wie man das Wort „ausdrücklich" in Dernburgs Argumentation auslegen will. M. E. läßt sich kaum eine andere finden als die, daß Dernburg dadurch die Möglichkeit einer stillschweigenden Vereinbarung gedachter Bedingung in Abrede nehmen will. M. E. mit Unrecht, denn von einem solchen Erfordernis läßt § 308 BGB. nichts erkennen, geschweige denn die allgemeinen Vorschriften über Auslegung von Parteivereinbarungen. Und warum auch; man denke doch nur an den Fall, daß die Parteien in Kenntnis der Unmöglichkeit den Vertrag schlossen, weil sie hofften, die Unmöglichkeit werde wieder fortfallen, und daß sie dieses Ereignis deshalb nicht ausdrücklich zur Bedingung erhoben haben, weil sie es wegen der Sicherheit des Eintritts dieses Ereignisses für überflüssig erachtet haben. Dann müßte nach Dernburg der Vertrag nichtig sein. Ein unbilliges Resultat, wie es von den Parteien — und auch vom Gesetz — nicht beabsichtigt ist.[19])

Die zweite Ausnahme, daß eine Leistung nicht unbedingt unmöglich ist, findet sich im § 308 Abs. 2 BGB. Dort heißt es:

> „Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird".

Mit Recht bemerkt hierzu Endemann a. a. O.[20]):

> „Dies ist eine gesetzliche Auslegung; es bedarf hier nicht wie im vorhergehenden Falle einer besonderen Abrede der Beteiligten".

---

[19]) vgl. für das römische Recht Mommsen S. 151 und die dort angeführten Stellen. Der in l. 34 § 2 D. 18, 1 behandelte Vertrag ist nur deshalb ungültig, weil bei einem Kaufvertrag über einen Menschen mit der gesetzlichen Bestimmung „cum servus erit" es nicht „fas" sein würde, wo es sich um die Freiheit eines Menschen handelt, eiusmodi exspectare. Siehe dazu Kleineidam I S. 31.

[20]) S. 694 Anm. 12.

Dementsprechend ist es auch im Gegensatz zu § 308 Abs. 1 BGB. ohne Bedeutung, ob die Parteien die Unmöglichkeit der Leistung gekannt haben oder nicht. Ob dabei, wie Titze[21]) will, davon auszugehen ist, daß die eine oder die andere Partei oder beide Parteien die Unmöglichkeit der Leistung nicht gekannt haben, ist m. E. ebenfalls unwichtig. Es genügt, daß dem Vertrage eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin hinzugefügt ist, um § 308 Abs. 2 BGB. anwendbar zu machen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß zwar die Unmöglichkeit der Leistung vor dem Eintritt der Bedingung gehoben sein. Das ist aber nur ein ungenauer Ausdruck. Nach herrschender Ansicht genügt es, wenn der Wegfall der Unmöglichkeit spätestens im Moment des Eintritts der Bedingung sich ereignet.[22]) Ausreichend ist es ferner auch, wenn die Unmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung weggefallen ist. Tritt sie nachher wieder ein, so handelt es sich um eine nachträgliche Unmöglichkeit. Denn in dem Falle würde ein gültig bedingter Vertrag zustande gekommen sein.[23])

Hinsichtlich der Sicherung dieser bedingten Ansprüche finden die allgemeinen Vorschriften über Bedingungen, insbesondere der § 160 BGB. Anwendung. Auch kann der Gläubiger diese Ansprüche sichern durch Arrest und einstweilige Verfügungen,[24]) auch kann er sie im Konkurs anmelden, es sei denn, daß der bedingte Anspruch so unsicher ist, daß er einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht besitzt.[25])[26])[27])

---

[21]) Titze S. 217 f.

[22]) So Schollmeyer zu § 308; Titze S. 217 f.; Oertmann zu § 308 Ziff. 3; vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 180.

[23]) Oertmann zu 308; Titze S. 218; Schollmeyer zu § 308; Endemann S. 694; Enneccerus S. 75; Dernburg § 61 I, 2; Kleineidam S. 31 ff.; ähnlich Kisch S. 29 f.; H. A. Fischer a. a. O.

[24]) §§ 916 Abs. 2, 935—945 ZPO.

[25]) §§ 67, 154, 156 u. 171 KO.

[26]) vgl. Titze S. 216.

[27]) vgl. für den Abs. 2 des § 308 BGB. auch noch aus dem römischen Recht l. 61 D. de contr. empt. etc. 18, 1: Existimo posse me id quod meum est sub condicione emere, quia forte speratur meum esse desinere.

l. 31 D. de verb. obl. 45, 1: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit.

§ 8.

Allgemeine Voraussetzungen und Inhalt des Anspruches auf das negative Vertragsinteresse.

Wenn eine der wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich ist, so steht zwar grundsätzlich fest, daß der Vertrag in Ansehung der anderen Leistung gültig ist, und daß der Gläubiger eben nur diese Leistung verlangen kann. Trotzdem kann aber darin für den Gläubiger eine Härte liegen und ihm daraus ein Schaden erwachsen.[1]) Um diese Wirkung abzuschwächen, bestimmt § 307 Abs. 2 BGB.:

> „Diese Vorschriften (d. h. die des Abs. 1 desselben Paragraphen) finden entsprechende Anwendung, wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist".

Im Abs. 1 des § 307 BGB.[2]) ist der Anspruch auf das sogen. negative Vertragsinteresse normiert, d. i. der Schaden, den ein Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut; dieser Schaden darf aber nicht über den Betrag des Interesses hinausgehen, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat.

Die allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1 des § 307 müssen natürlich auch bei Wahlschulden, und zwar in Ansehung der unmöglichen Leistung zutreffen, wenn anders der Abs. 2 des § 307 anwendbar sein soll. Bei der Erklärung der Voraussetzungen des Anspruches haben sich indessen in der Literatur Unstimmigkeiten ergeben, die dazu nötigen, in diesem Paragraphen zunächst einmal die allgemeinen Voraussetzungen, wie sie sich aus § 307 Abs. 1 ergeben, zu erklären. Alsdann wird im folgenden Paragraphen auf die einzelnen Fälle der Ersatzpflicht bei der Wahlschuld einzugehen sein.

---

[1]) vgl. dazu Litten S. 207; Brock S. 133.

[2]) „Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß."

Als Person des Ersatzverpflichteten kommt nach § 307 Abs. 1 BGB. in Betracht, „wer bei Schließung des Vertrages ... kennt oder kennen muß". Damit ist wohl de lege lata der Streit als beigelegt zu betrachten, der sich über die Frage entsponnen hatte, ob nicht gerechterweise nur derjenige für die Haftung in Betracht kommen könne, der die unmögliche Leistung versprochen hat.[3]) De lege lata ist dahin zu entscheiden, daß es möglich ist, daß einerseits nur der Gläubiger, andererseits aber nur der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß. Mithin können auch beide für die Haftung aus § 307 BGB. in Frage kommen.[4])

Den Grund der Haftung bildet ein Verschulden, nämlich „Kennen oder Kennen müssen". Was besonders unter Kennen müssen zu verstehen ist, ist aus den allgemeinen Vorschriften, den §§ 122 Abs. 2, 276 BGB.,[5]) zu entnehmen. Danach bedeutet das „Kennen müssen" Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit, d. h. infolge außer acht lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Ebenfalls sind hier bei der Feststellung des Verschuldens des Ersatzpflichtigen die §§ 827, 828 BGB.[6]) zu berücksichtigen. Dieses

[3]) vgl. Bähr in Krit. VSchr. Bd. 30 S. 374.

[4]) So Oertmann S. 159; Titze S. 225; Matthiaß S. 178; Schollmeyer zu § 307 Bem. 1; Cosack Bd. 1 S. 407; Planck zu § 307. Titze ist de lege ferenda gegen eine Haftungsmöglichkeit des Gläubigers, er meint mit § 826 BGB. auskommen zu können.

[5]) § 122 Abs. 2 BGB.: Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte).

§ 276 Abs. 1 BGB.: Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 BGB. finden Anwendung.

[6]) § 827: Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustand widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist.

§ 828: Wer nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Wer das 7., aber nicht das

will allerdings Cosack[7]) nicht zugeben. Nach ihm soll die Unzurechnungsfähigkeit die Verantwortung für schuldhaftes Verhalten nicht allgemein, sondern nur bei Delikten und bei der Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung ausschließen. Dem wird nicht beizupflichten sein. Wie sich der Begriff des „Kennen müssens" aus § 122 Abs. 2 BGB. und der Begriff „der Fahrlässigkeit" überhaupt aus § 276 BGB. ergibt, so müssen auch die Vorschriften der §§ 827, 828 BGB., deren Anwendbarkeit das Bürgerliche Gesetzbuch unmittelbar im Anschluß an die Definition des Fahrlässigkeitsbegriffes im § 276 Abs. 1 BGB. vorgeschrieben hat, Anwendung finden. Es geht nicht an, die Paragraphen willkürlich herauszunehmen und ihnen einen beschränkten und kleineren Wirkungskreis zuzuweisen als der Fahrlässigkeit überhaupt.[8])

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob der fahrlässig Handelnde auch in den Fällen, in denen er kraft Gesetzes bei Gültigkeit des Vertrages nur für schwereres Verschulden zu haften brauchte,[9]) jetzt schon dann haften soll, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, oder ob auch jetzt eine Haftung erst dann eintreten soll, wenn der schwerere Grad des Verschuldens eingetreten ist. In der Literatur ist diese Frage verschieden beantwortet worden. Teils hat man sich für die unbedingte Haftung für omnis culpa entschieden, teils soll der schuldhaft Handelnde in solchen Fällen nach § 307 BGB. erst dann ersatzpflichtig sein, wenn ihn dasselbe Verschulden trifft, das er bei Gültigkeit des Vertrages zu vertreten gehabt hätte.

Diejenigen, die sich für unbedingte Haftung für omnis culpa ausgesprochen haben, begründen ihre Ansicht zunächst mit den Motiven,[10]) wo es heißt:

---

18. Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem andern zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht hat. Das gleiche gilt von einem Taubstummen.

[7]) Cosack S. 305 unter IV, 4c.

[8]) Für die Anwendung von §§ 827, 828: Brock S. 132 Anm. 10; Titze S. 226; Planck zu § 306.

[9]) z. B. beim Schenkungsversprechen, beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrag, beim Gesellschaftsvertrag, Verleiher, Finder u. a.

[10]) Mot. Bd. 2 S. 179.

„Der Entwurf bleibt, indem er als Voraussetzung für die Haftung Fahrlässigkeit verlangt, mit allgemeinen Grundsätzen, wonach Schadensersatzpflicht, abgesehen von besonderen Fällen, nur im Falle einer Verschuldung begründet ist, im Einklange. Er stellt aber einen absoluten Maßstab auf, indem er allgemein die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters nach Maßgabe des § 144 Abs. 1 (des 1. Entwurfs) verlangt".

Die Begünstigung, heißt es in der Begründung dieser Theorie weiter,[11]) einzelner Vertragsgattungen oder einzelner Parteien bei ihnen hinsichtlich ihrer Haftung finde die innere Begründung nur in den durch den Vertrag selbst geschaffenen eigenartigen Beziehungen der Kontrahenten zueinander bezw. dem Umstande, daß der eine von ihnen allein einen Vorteil aus dem Vertrage ziehe. Die Beziehungen bezw. dieser Vorteil träfen aber doch nur dann zu, wenn der betreffende Vertrag gültig und auch in der Hauptsache wirksam sei. Sei der Vertrag nichtig, so sei dieses nicht der Fall, und es entfalle damit jeder Grund für eine verschiedenartige Behandlung hinsichtlich der Haftung für fahrlässiges Verhalten bei den Vertragsverhandlungen, wie insbesondere in den Fällen klar erhellte, wo der durch den Vertrag, falls er gültig sei, dem einen Kontrahenten gewährte Vorteil die Ursache zu einer verschiedenen Haftung beider Kontrahenten abgebe.

Mit Recht hat Titze[12]) diesen Standpunkt als formalistisch bezeichnet. Aber nicht nur dieses Argument spricht dagegen, sondern auch folgendes. Es kommt m. E. nicht darauf an, worauf Kleineidam scheinbar Wert legt, was nach Vollendung und bei Gültigkeit des Vertrages sich ereignet hätte, sondern darauf, ob es in der Absicht des Gesetzgebers liegt und dem Bedürfnis des Verkehrs entspricht, in jedem Fall den Parteien bei Schließung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Haftung für omnis culpa als Maßstab des Verschuldens bei § 307 BGB. aufzuerlegen. Eine solche Absicht und ein solches Bedürfnis

[11]) s. besonders Kleineidam I S. 38/39. Für diese Theorie auch Windscheid-Kipp S. 293; Schollmeyer zu § 307; früher auch Enneccerus Bd. 2 3. Aufl. S. 440.

[12]) Titze S. 216 Anm. 27.

des Verkehrs muß aber verneint werden. Zweck des Gesetzes und Zweck auch des § 307 ist, Sicherungen für das Rechtsleben der Vertragskontrahenten zu gewähren. Eine solche Sicherung bietet das Gesetz einmal für gültige Verträge, indem es die Mittel, deren Erfüllung zu erzwingen, bietet. Eine solche Sicherung muß es aber auch manchmal für nichtige Verträge, wie hier, bieten, allerdings nicht durch Gewährung von Mitteln, die Erfüllung von solchen Verträgen zu erzwingen — das würde dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen —, aber durch Gewährung eines Schadensersatzanspruches gewissermaßen als Strafe für das schuldhafte Verhalten der ersatzpflichtigen Partei gelegentlich der Vertragsverhandlungen. Muß hiernach der Ersatzberechtigte bessergestellt werden als derjenige, der wegen eines gültigen Vertrages zu schützen ist? Doch sicher nicht; denn was von den Parteien vor Abschluß des Vertrages unternommen wird, ist dem Gesetz einerlei, soweit sich diese Unternehmungen lediglich als Vorbereitungshandlungen zu einem Vertrage darstellen.[13]) Demnach kann der Zweck des Gesetzes höchstens eine Gleichstellung beider Personen rechtfertigen. An eine solche erinnert auch die Tatsache, daß das negative Vertragsinteresse durch das positive begrenzt wird.[14]) Geht man hiervon aus und greift nun zurück zur Verschuldensfrage, so muß es befremdend erscheinen, wenn z. B. bei einem Schenkungsversprechen, das wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig ist, der Versprechende für omnis culpa haften sollte. Dann könnte der Schenkungsversprechensempfänger unter Umständen direkt ein Interesse an der Nichtigkeit des Schenkungsversprechens haben, da er unter günstigeren Voraussetzungen — omnis culpa gegen culpa lata — das positive Interesse — wenn ihm nämlich das negative gleicht — ersetzt erhalten könnte.

Deshalb bin ich der Meinung, daß es mehr in der Absicht des Gesetzgebers liegt und den Bedürfnissen des Verkehrs gerechter wird, wenn den Ersatzpflichtigen im Falle des § 307 immer nur dann ein Verschulden trifft, wenn ihn ein solches bei Gültigkeit

---

[13]) Wenn sie unerlaubte Handlungen sind usw., hat das Gesetz allerdings ein Interesse an ihnen, aber das steht hier nicht zur Frage.

[14]) vgl. § 307 Abs. 1 BGB.: „Jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat".

des Vertrages getroffen hätte, d. h. daß er nur für omnis culpa einzustehen hat, wenn kraft Gesetzes nichts anderes für den gültigen Vertrag vorgeschrieben ist.[15])

Zuzugeben ist der Gegenmeinung, daß für sie der Wortlaut des § 307 spricht. Steht aber fest, daß innere Gründe für eine andere Absicht des Gesetzgebers sprechen, als gerade nach dem bloßen Wortlaut des Gesetzestextes angenommen werden kann, so muß m. E. das letztere dem ersteren weichen. Auch der Umstand, daß die Gegenmeinung mit der fraglichen in den Motiven angeführten Stelle im Einklang steht, vermag meine Ansicht nicht zu erschüttern.

Der Inhalt des Ersatzanspruches ist die Berechtigung, den Schaden ersetzt zu verlangen, den der ersatzberechtigte Teil dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages, hier also auf die Möglichkeit der Leistung des Pferdes Ajax vertraut hat, z. B. Reise-, Transportkosten usw. Begrenzt wird der Anspruch auf das negative Interesse durch das positive Interesse, d. i. das Interesse, das der Ersatzberechtigte an der Gültigkeit des Vertrages hat.[16]) [17])

Dieser Anspruch soll versagen, wenn der Ersatzberechtigte die Unmöglichkeit ebenfalls kennt oder kennen muß.[18]) Was in dieser Hinsicht vom Ersatzverpflichteten gesagt ist, gilt auch vom Ersatzberechtigten. In dieser Hinsicht können neue Zweifel nicht auftauchen. Wie aber, wenn der Schuldner die anfängliche Un-

---

[15]) Dafür Oertmann zu § 307 Nr. 2; Titze S. 226; Fischer-Henle zu § 307 Bem. 2; Enneccerus 4. u. 5. Aufl. S. 74 unter c; Staudinger zu § 3o, 3b; Planck zu § 307 schließt sich der Gegenmeinung an, gibt aber zu, daß die Praxis für Titzes Ansicht sein wird.

[16]) vgl. über den Inhalt des negativen Interesseanspruches auch noch RG. in Seufferts Arch. Bd. 62 Nr. 13 S. 216; Seufferts Bl. f. RA. Bd. 72 S. 643 ff.; Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 903.

[17]) vgl. für römisches Recht l. 45 D. de her. pet. 5, 3: Qui se liti obtulit, cum rem non possiderit condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni obtulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi. l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1: ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur. l. 9 D. 18, 4: et siquid emptoris interest.

[18]) § 307 Abs. 1 Satz 2.

möglichkeit kannte und der Gläubiger sie kennen mußte? Soll hier dem Gläubiger ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wegen seiner fahrlässigen Unkenntnis versagt werden oder soll dieses erst eintreten, wenn der Gläubiger ebenfalls die Unmöglichkeit kennt? M. a. W.: Ist im Falle des Mitverschuldens ein äquivalentes Verschulden erforderlich?

Wenn der Gesetzestext des § 307 berücksichtigt wird, so wird das nach dem strengen Wortlaut nicht möglich sein. Denn im Gesetze heißt es:

> „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß".

Dementsprechend haben sich auch die meisten Schriftsteller, wie Matthiaß,[19]) Brock,[20]) Enneccerus,[21]) Planck,[22]) Staudinger[23]) und Titze,[24]) auf diesen Standpunkt gestellt und sind der Ansicht, daß bereits fahrlässige Unkenntnis seitens des Ersatzberechtigten den Anspruch auf das negative Interesse vernichte.

Eine abweichende Ansicht hat Oertmann[25]) vertreten.[26]) Er ist für äquivalentes Verschulden und führt hauptsächlich als Grund an, daß die andere Meinung den sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch besonders scharf behandelten Vorsatz offenbar begünstigen würde. Auch komme sie über eine Berufung auf den Wortlaut nicht hinaus. Ich pflichte diesen Gründen bei. Eine Begünstigung des Vorsatzes halte ich für bedenklich. Der Vorwurf der Gegenmeinung, daß Oertmanns Argumentation nicht mit dem Wortlaut vereinbar sei, ist m. E. bereits von Oertmann a. a. O. widerlegt worden, indem er dazu sagt[27]):

> „Auch verträgt der Wortlaut diese Auslegung: man braucht bloß die zweite Alternative von Satz 2 aus-

---

[19]) a. a. O. S. 178.
[20]) a. a. O. S. 132 Anm. 11.
[21]) a. a. O. S. 74.
[22]) a. a. O. zu § 307.
[23]) a. a. O. zu § 307.
[24]) a. a. O. S. 227.
[25]) a. a. O. zu § 307 unter 4 Ziff. 2.
[26]) Er beruft sich für seine Ansicht auf RG. VII. Zivilsenat in Seufferts Arch. Bd. 60 Nr. 186 S. 352 (Urt. v. 18. 10. 1904).
[27]) Oertmann zu § 307 unter 4 Ziff. 2.

schließlich auf die entsprechende zweite Alternative von Satz 1 zu beziehen".

Berücksichtigt man dazu noch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch an anderer Stelle ebenfalls eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens eintreten läßt,[28]) so wird man nichts gegen die Oertmannsche Argumentation einwenden können; noch dazu, wo auf diese Weise ein tatsächlich brauchbares Resultat erzielt wird. Die von Brock[29]) erhobenen Bedenken, daß eine analoge Anwendung von § 254 der Berechtigung entbehre, weil die ratio verschieden sei, sind nicht durchschlagend. Zugegeben werden soll, daß im § 254 ein Verschulden des Beschädigten die Ersatzpflicht des Ersatzverpflichteten an sich noch nie ausschließt und daß im § 254 nicht maßgebend ist der Grad des Verschuldens, sondern der Schadensverursachung. Es soll aber § 254 nicht insofern analog angewandt werden, daß dessen ganze Normen auch ohne weiteres im Fall des § 307 gelten sollen, sondern § 254 soll nur analog berücksichtigt werden. Berücksichtigt soll werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht schlechthin zwei Verschuldensarten einander gegenüberstellt und dann ausnahmslos ein Erlöschen der Ersatzpflicht eintreten läßt. Vielmehr kommt es auf die Umstände an. So auch im § 307. Schlechthin Gegenüberstehen von Vorsatz und Fahrlässigkeit bringt den fahrlässig Handelnden, an sich Ersatzberechtigten noch nicht um seinen Anspruch, sondern dazu sollen die Umstände erwogen werden. Erwägt man hier aber die Umstände vor Vertragschluß, so leuchtet es ein, daß es hier nur auf den Grad des Verschuldens ankommen kann, denn den Schaden verursachen nicht die Parteien, der mußte um deswillen eintreten, weil anfängliche Unmöglichkeit vorlag. Wußten sie darum oder mußten sie darum wissen, so traf sie je nachdem ein kleineres oder größeres Verschulden. Da dieses aber bei jedem nichtigen Vertrage so ist, kann in diesem Falle die allgemeine Regel auf-

---

[28]) vgl. § 254 BGB.: Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

[29]) S. 132 Anm. 11.

gestellt werden. Praktische Erwägungen führen dazu, bei gleichartigem Verschulden beider Parteien den Anspruch dem sonst Ersatzberechtigten zu versagen, während der Anspruch bestehen bleibt, wenn den Ersatzverpflichteten Kenntnis und den Ersatzberechtigten nur fahrlässige Unkenntnis trifft.[30])

§ 9.

Die einzelnen Fälle der Ersatzpflicht im besonderen.

Liegen die allgemeinen Voraussetzungen für einen Anspruch auf das negative Interesse vor, so ist bei der eigenartigen Natur des Wahlschuldverhältnisses im besonderen zu prüfen, wann ein solcher Anspruch praktisch werden kann. Es sind nämlich noch verschiedene Möglichkeiten bei einem Wahlschuldverhältnis denkbar, in denen an einen Anspruch aus § 307 gedacht werden kann. So kann, wenn davon ausgegangen wird, daß nur zwei Leistungen in obligatione sind, das Wahlschuldverhältnis gerichtet sein entweder

1. auf die anfänglich unmögliche Leistung des Pferdes Ajax und auf die mögliche Leistung der Stute Bellona, oder
2. auf die anfänglich unmögliche Leistung des Pferdes Ajax und auf die zwar anfänglich mögliche Leistung der Stute Bellona, die aber später unmöglich wird, oder
3. auf die anfänglich unmögliche Leistung des Pferdes Ajax und auf die anfänglich unmögliche Leistung der Stute Bellona.[1])

Damit ist die Einteilung der besonderen Fälle aber noch nicht erschöpft. Denn gemäß § 262 BGB.[2]) steht die Wahl im Zweifel dem Schuldner zu. Daraus folgt, daß auch der Gläubiger das Wahlrecht haben kann, und deshalb ist zu untersuchen, welche

---

[30]) Dafür auch Goldmann-Lilienthal S. 356/57 Anm. 7.

[1]) Auszuscheiden haben die Fälle, in denen die Leistung nachträglich unmöglich wird, da einerseits hier nur von anfänglicher Unmöglichkeit geredet werden soll, andererseits ein negativer Schadensanspruch nur bei anfänglicher Unmöglichkeit vorkommen kann.

[2]) Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.

Bedeutung diesem Unterschiede beizumessen ist. Ferner werden auch die im vorigen Paragraphen erörterten Erfordernisse und Arten des Verschuldens von Einfluß auf die Ersatzpflicht im besonderen sein, so daß auch diese zu berücksichtigen sind. Schließlich wird im Falle 2 und 3 von Bedeutung, daß sich das Verschulden der einen oder anderen Partei oder beider Parteien auf die anfänglich unmögliche, die nachträglich unmögliche Leistung, auf eine von den anfänglich unmöglichen oder auf beide anfänglich unmöglichen Leistungen beziehen kann.[3]) Demnach erhalte ich im einzelnen folgendes Bild:

I. Die Leistung des Pferdes Ajax ist von Anfang an unmöglich, die der Stute Bellona dagegen möglich.

1. Der Schuldner hat das Wahlrecht.

Wenn keiner von beiden Parteien oder beiden Parteien ein Verschulden[4]) zur Last fällt, so ist der Anspruch auf das negative Interesse nicht gegeben, weil dieser entweder wegen des mangelnden[5]) oder wegen des beiderseitigen gleichartigen Verschuldens[6]) scheitern muß.

Wenn nur dem Schuldner dagegen ein Verschulden zur Last fällt, so kann trotzdem von einem Anspruch des Gläubigers keine Rede sein. Denn da der Schuldner selbst zu wählen hat, so konnte er auch früher schon die allein mögliche Leistung wählen. Der Gläubiger muß sich dieses gefallen lassen, er ist in nichts geschädigt.

Wenn der Gläubiger die anfängliche Unmöglichkeit bei Vertragsabschluß kannte oder kennen mußte, so muß der Schuldner die Leistung der Stute Bellona bewirken. Dafür aber, daß er durch sein Vertrauen auf die Leistungsmöglichkeit des Pferdes Ajax einen Schaden erlitten hat, steht ihm der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegen den Gläubiger zu.[7])

---

[3]) vgl. dazu Brock S. 133—135 oben.

[4]) Den Erwägungen des vorigen Paragraphen zufolge natürlich ein äquivalentes Verschulden.

[5]) § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

[6]) § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[7]) Zustimmend zu diesen Ausführungen Brock S. 135; Titze S. 231 f.;

2. Der Gläubiger hat das Wahlrecht.

Liegt hier bei jeder Partei ein Verschulden oder keins vor, so entfällt eine Haftung aus § 307 aus demselben Grunde wie eben.[9] [10])

Trifft den Schuldner ein Verschulden, so hat jetzt der Gläubiger gegen ihn einen Anspruch auf das negative Interesse.[11])

Kannte der Gläubiger selbst die Unmöglichkeit der Leistung des Pferdes Ajax oder mußte er sie kennen, so muß der Schuldner die Stute Bellona bewirken, ohne daß ihm ein Anspruch auf das negative Interesse gegen den Gläubiger zusteht. Denn die Leistung der Stute Bellona konnte der Gläubiger ja immer wählen.[12])

II. Die Leistung des Pferdes Ajax war von Anfang an unmöglich, die der Stute Bellona ist nachträglich unmöglich geworden.

1. Der Schuldner hat das Wahlrecht.

Wenn auf keiner Seite ein Verschulden vorliegt, so sind überhaupt keine Ansprüche gegeben. Das Pferd Ajax war gar nicht in obligatione, die Stute Bellona braucht der Schuldner mit Rücksicht auf § 275 Abs. 1 BGB.[13]) nicht zu leisten. Der negative Interesseanspruch versagt wegen mangelnden Verschuldens.[14])

Wenn dagegen den Schuldner selbst ein Verschulden trifft, so sind drei Fälle denkbar:

1. Das Verschulden bezieht sich auf die Leistung des Pferdes Ajax (die anfänglich unmögliche Leistung).

2. Das Verschulden bezieht sich auf die Leistung der Stute Bellona (die nachträglich unmögliche Leistung).

Melliger S. 83; Pescatore S. 253/54; Litten S. 218; Schollmeyer zu § 307 Ziff. 8.

[9]) § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

[10]) § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[11]) Zust. Pescatore S. 254; Litten S. 220; Titze S. 234a.

[12]) Zust. Pescatore S. 255; Litten S. 219; Titze S. 235 D a.

[13]) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

[14]) § 307 Abs. 1 BGB.; vgl. Brock S. 136.

3. Das Verschulden bezieht sich sowohl auf die Leistung des Pferdes Ajax als auch auf die Leistung der Stute Bellona.

Im Fall 1 ist hier dem Schuldner, wie auch allgemein von Titze, Brock, Litten, Pescatore, Enneccerus und Kisch angenommen wird, eine Ersatzpflicht des negativen Interesses aufzuerlegen. Dieser Fall unterscheidet sich von dem unter I. erwähnten insofern, als hier ein Schaden des Gläubigers sehr wohl entstehen kann, weil er an sich darauf rechnen konnte, für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung der Stute Bellona das Pferd Ajax zu erhalten. Aber welche Leistung soll bei der Bestimmung der Höchstgrenze aus Abs. 1 des § 307 BGB. des Anspruches zugrunde gelegt werden?

Brock[15]) und Titze[16]) wollen dem Schuldner das Wahlrecht jetzt noch insofern zubilligen, als er diese zugrunde zu legende Leistung selbst bestimmen kann. Titze kommt zu diesem Resultat auf Grund seiner bereits oben erörterten und zurückgewiesenen Auffassung des § 265. Brock läßt sich darüber folgendermaßen aus[17]):

> „Zu bemerken ist noch, daß die für das negative Vertragsinteresse vorgeschriebene Begrenzung der Haftpflicht hier in eigenartiger Weise praktisch wird. Das positive, rechtlich geschützte Interesse des Gläubigers geht nicht darauf, gerade die anfänglich unmögliche Leistung, sondern nur eine der beiden Leistungen geliefert zu bekommen. Daher kann der Schuldner wählen, welche der beiden Leistungen für die gekennzeichnete Höchstbegrenzung der Haftung zugrunde gelegt werden soll".

Ich leugne aber, wie schon oben ausgeführt, die Zugehörigkeit der anfänglich unmöglichen Leistung zum Obligationsinhalt. Sie ist niemals in obligatione gewesen. Von einem Wahlrecht des Schuldners kann deshalb keine Rede sein. Aber die nachträglich durch Zufall unmöglich gewordene Leistung ist auch nicht zugrunde zu legen. Denn hinsichtlich ihrer ist der Schuldner gemäß

---

[15]) Brock S. 137/38.
[16]) Titze S. 231/32.
[17]) a. a. O. S. 138.

§ 275 bezw. § 323 BGB. befreit, sie kann also auch nicht zur Feststellung irgendwelcher Pflichten des Schuldners benutzt werden. Es bleibt also noch die anfänglich unmögliche Leistung, die zugrunde gelegt werden kann. Soll sie als Grundlage für irgendwelche Pflichten des Schuldners dienen, so ist dazu allerdings eine besondere Vorschrift erforderlich; diese ist aber in § 307 Abs. 2 BGB. gegeben. Das positive Interesse des Gläubigers geht nunmehr auch nicht auf die nachträglich unmöglich gewordene Leistung der Stute Bellona — diese ist aus der Obligation ausgeschieden —, sondern wenn überhaupt noch von einem positiven Interesse gesprochen werden soll, so kann dieses doch nur hinsichtlich der anfänglich unmöglichen Leistung der Fall sein. Denn nur an ihr könnte der Gläubiger ein positives Interesse haben, da die andere Leistung ihm entgangen ist, ohne daß er einen Ersatzanspruch dafür erhalten hätte. Er durfte auf die Bewirkungsmöglichkeit der anderen Leistung vertrauen, hatte auch das positive Interesse an ihr, um wenigstens eine Leistung zu bekommen. Daher ist diese Leistung auch zugrunde zu legen.[18])

Im Fall 2 bleibt die Leistung des Pferdes Ajax außer Betracht, das Schuldverhältnis besteht hinsichtlich der Stute Bellona. Weil sie aber der Schuldner durch sein Verschulden nicht bewirken kann, hat der Gläubiger Ansprüche, die sich im einzelnen nach den allgemeinen Vorschriften richten.[19])

Im Fall 3 liegt die Sache ebenso wie oben unter I, wo bei Wahlrecht des Schuldners die eine Leistung unmöglich, die andere möglich war. Hier treten an die Stelle der unmöglichen Leistung die Ersatzansprüche des Gläubigers wegen der vom Schuldner nachträglich verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung der Stute Bellona.[20]) Abweichend entscheidet hier nur Titze[21]) auf Grund seiner besonderen Auffassung des § 265 BGB.

Wenn den Gläubiger ein Verschulden trifft, so sind ebenfalls die genannten drei Fälle denkbar.

---

[18]) Zust. Litten S. 218; Pescatore S. 253; Enneccerus S. 51 Anm. 2; Kisch II S. 538—540.

[19]) vgl. Brock S. 138.

[20]) Ebenso Pescatore S. 253; Litten S. 218; Brock S. 138 mit Anm. 18.

[21]) Titze S. 232c.

Im Fall 1 kann der Schuldner einen negativen Interesseanspruch gegen den Gläubiger haben.[22])

Im Fall 2 ist für einen negativen Interesseanspruch kein Raum, weil hinsichtlich der anfänglichen Unmöglichkeit kein Verschulden vorliegt. Die Ansprüche des Schuldners wegen der vom Gläubiger verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung der Stute Bellona richten sich nach den allgemeinen Vorschriften.[23])

Im Fall 3 ist die Entscheidung zweifelhaft. Titze[24]) will dem Schuldner hier ein unbeschränktes Wahlrecht zubilligen. Je nachdem er die anfänglich unmögliche Leistung des Pferdes Ajax oder die nachträglich unmögliche Leistung der Stute Bellona wählt, soll er einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse oder einen Erfüllungsanspruch haben. Das geht aber nicht, weil vor dem Unmöglichwerden der Leistung der Stute Bellona die anfänglich unmögliche Leistung des Pferdes Ajax aus der Obligation ausgeschieden ist. Litten[25]) will dem Schuldner nur die allgemeinen Ansprüche wegen der nachträglichen Unmöglichkeit, event. einen Anspruch aus unerlaubter Handlung geben, weil dadurch der Anspruch auf das negative Interesse erledigt sei. Das halte ich nicht für zutreffend. Es ist doch fraglich, ob der Schuldner sein negatives Interesse bei dem Anspruche wegen der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung der Stute Bellona ersetzt bekommt. Sollte er dann erst auf eine unerlaubte Handlung angewiesen sein, so würde er zu neuen Behauptungen und neuen Beweisen gezwungen sein. Daher schließe ich mich der dritten von Brock[26]) und Pescatore[27]) vertretenen Ansicht an, wonach der Schuldner beide Ansprüche hat.

---

[22]) Brock S. 139; Litten S. 219; Pescatore S. 254; Titze S. 233 (hier ebenfalls unter Versagung des Wahlrechts).

[23]) Brock S. 139; vgl. Litten S. 219 d.

[24]) Titze S. 234 e.

[25]) Litten S. 219.

[26]) Brock S. 139 mit Anm. 20.

[27]) Pescatore S. 254.

2. Der Gläubiger hat das Wahlrecht.

Trifft keine Partei ein Verschulden, so kann von Ansprüchen, wie oben, nicht die Rede sein.

Trifft den Schuldner oder den Gläubiger ein Verschulden, so sind wiederum die drei Fälle zu unterscheiden.

Kennt der Schuldner die anfänglich unmögliche Leistung des Pferdes Ajax oder muß er sie kennen, so behält der Gläubiger seinen Anspruch auf das negative Interesse auch dann, wenn die Leistung der Stute Bellona nachträglich unmöglich wird.[28]) Bezieht sich das Verschulden des Schuldners nur auf die (nachträglich unmöglich gewordene) Leistung der Stute Bellona, so ist für einen Anspruch auf das negative Interesse kein Raum.[29]) Betrifft das Verschulden des Schuldners sowohl die anfängliche wie die nachträgliche Unmöglichkeit, so ist die Entscheidung wieder bestritten.

Titze[30]) will wiederum nur ein Wahlrecht geben; dem steht aber § 265 BGB. entgegen. Litten[31]) meint, der negative Anspruch sei im positiven enthalten. Das halte ich für nicht zutreffend.

Nach Pescatore,[32]) dem ich mich anschließe, stehen dem Gläubiger beide Ansprüche zu.

Wenn den Gläubiger ein Verschulden, und zwar nur hinsichtlich der anfänglich unmöglichen Leistung trifft, so kann der Schuldner gegen den Gläubiger jetzt einen Interesseanspruch haben, weil er ja an sich darauf rechnen durfte, das Pferd Ajax liefern zu können, wenn die Leistung der Stute Bellona unmöglich werden sollte.[33])

---

[28]) So Litten S. 220, 2b; Titze S. 235 Cc; Pescatore S. 254; abw. anscheinend Brock S. 142.

[29]) Brock S. 142.

[30]) Titze S. 235 Ca.

[31]) Litten S. 220, 2d.

[32]) Pescatore S. 254/55.

[33]) So Litten S. 219; Pescatore S. 255; Titze S. 235/36; Brock S. 143. Auch hier wieder Streit darüber, welche Leistung bei der Bestimmung der Höchstgrenze zugrunde gelegt werden soll. Für die anfänglich unmögliche Leistung Litten S. 219/20; Pescatore S. 255. Für Wahlrecht Titze S. 235/36; Brock S. 143. Im übrigen vgl. oben.

Wenn den Gläubiger nur hinsichtlich der nachträglichen Unmöglichkeit ein Verschulden trifft, so ist für einen Anspruch auf das negative Interesse kein Raum.[34]) Trifft den Gläubiger hinsichtlich beider unmöglichen Leistungen ein Verschulden, so hat der Schuldner neben dem Anspruch wegen der nachträglichen Unmöglichkeit auch den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse.[35])

Trifft dagegen beide Parteien ein Verschulden, so lassen sich im ganzen je neun verschiedene Fälle konstruieren, je nachdem der Schuldner oder der Gläubiger das Wahlrecht hat.[36]) Hier sind von Wichtigkeit aber nur die Fälle, wo ein Anspruch auf das negative Interesse vorkommen könnte, wenn nur die eine Partei hinsichtlich der anfänglichen Unmöglichkeit ein Verschulden trifft. Diese sind auf jeder Seite vier und ergeben kurz folgende Übersicht:

1. Verschulden des Schuldners betr. die anfängliche,
   Verschulden beider Parteien betr. die nachträgliche Unmöglichkeit.
   a) Bei Wahlrecht des Schuldners ist das Verschulden des Schuldners hinsichtlich der anfänglichen Unmöglichkeit belanglos, da er ja immer die andere (nachträglich allerdings unmöglich gewordene) Leistung wählen konnte. Der Gläubiger hat also einen negativen Interesseanspruch nicht.[37])
   b) Bei Wahlrecht des Gläubigers ist dem Gläubiger ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zuzusprechen.[38])
2. Verschulden des Gläubigers betr. die anfängliche Unmöglichkeit,
   Verschulden beider Parteien betr. die nachträgliche Unmöglichkeit.

---

[34]) Brock S. 143.

[35]) Brock S. 143. Nach Titze (S. 236) allerdings wiederum nur Wahlrecht, nach Litten (S. 220) und Pescatore (S. 255) nur ein positiver Anspruch. Die Gründe für die im Text beibehaltene Entscheidung sind dieselben wie weiter oben

[36]) s. dieselben bei Brock S. 141 ff.

[37]) Brock S. 140 e.

[38]) Brock S. 143 d e; Pescatore S. 254; Litten S. 220.

a) Be iWahlrecht des Schuldners hat dieser gegen den Gläubiger einen Anspruch auf das negative Interesse.
b) Bei Wahlrecht des Gläubigers versagt der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wie oben unter 1a.[39])

3. Verschulden des Gläubigers betr. die anfängliche, Verschulden des Schuldners betr. die nachträgliche Unmöglichkeit.
a) Bei Wahlrecht des Schuldners haftet der Gläubiger auf das negative Interesse.
b) Bei Wahlrecht des Gläubigers ist das Verschulden des Gläubigers ohne Bedeutung.[40])

4. Verschulden des Schuldners betr. die anfängliche, Verschulden des Gläubigers betr. die nachträgliche Unmöglichkeit.
a) Bei Wahlrecht des Schuldners ist das Verschulden des Schuldners belanglos, so daß kein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse besteht.
b) Bei Wahlrecht des Gläubigers ist diesem gegen den Schuldner ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zu geben.[41])

III. Die Leistung des Pferdes Ajax sowohl wie die der Stute Bellona sind von Anfang an unmöglich.

1. Der Schulder hat das Wahlrecht.

Wenn weder den Gläubiger noch den Schuldner ein Verschulden trifft, so ist ein Anspruch überhaupt nicht entstanden. Wenn den Schuldner ein Verschulden trifft, so kann sich dieses entweder auf die eine oder auf beide Leistungen beziehen.

In beiden Fällen ist dem Gläubiger ein Anspruch auf das negative Interesse gegen den Schuldner zuzubilligen.[42]) Nach Titze[43]) und Brock[44]) soll der Schuldner hier wählen können,

---

[39]) Brock S. 141 η u. 144 η.

[40]) Brock S. 141 ϑ u. 144 ϑ; Titze S. 233d; Pescatore S. 253, 256; Titze S. 236c; Litten S. 220.

[41]) Brock S. 144ι; Titze S. 235e; Pescatore S. 254; Litten S. 220.

[42]) So Brock, Titze, Litten, Pescatore.

[43]) Titze S. 232e.

[44]) Brock S. 144.

welche der Leistungen der Bestimmung der Haftungsgrenze zugrunde gelegt werden soll. Dem ist wohl beizustimmen, da hier gleichmäßig beide Leistungen nicht in obligatione waren und es für den Schuldner eine Unbilligkeit bedeuten kann, auf diejenige Leistung angewiesen zu sein, hinsichtlich derer bei ihm die Haftungsvoraussetzungen des § 307 Abs. 1 BGB. vorliegen. § 265 BGB. steht dem jetzt auch nicht entgegen.[45])

Trifft den Gläubiger ein Verschulden, so kann auch dieses sich auf nur eine oder auf beide Leistungen erstrecken. In beiden Fällen hat der Schuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse. Sein Wahlrecht nützt ihm aber nichts, denn billigerweise kann dem Gläubiger nur hinsichtlich der Leistung eine Ersatzpflicht auferlegt werden, deren Unmöglichkeit er kannte oder kennen mußte.[46]) Liegen die Haftungsvoraussetzungen für den Gläubiger hinsichtlich beider Leistungen vor, so hat der Schuldner das Wahlrecht, welche Leistung der Bestimmung der Haftungsgrenze zugrunde gelegt werden soll.[47])

2. Der Gläubiger hat das Wahlrecht.

Liegt kein Verschulden vor, so entsteht auch kein Anspruch.

Trifft den Schuldner ein Verschulden hinsichtlich einer oder beider Leistungen, so hat der Gläubiger einen Anspruch auf das negative Interesse. Im ersteren Fall ist bei Bestimmung der Haftungsgrenze diejenige Leistung zugrunde zu legen, deren Unmöglichkeit der Schuldner kennt oder kennen muß. Im letzteren Falle hat der Gläubiger die Wahl.[48])

Trifft den Gläubiger selbst ein Verschulden hinsichtlich einer oder beider Leistungen, so hat der Schuldner einen Anspruch auf das negative Interesse gegen den Gläubiger. Dieser (der Gläubiger) hat in jedem Fall die Wahl, welche der Leistungen bei Bestimmung der Haftungsgrenze zugrunde gelegt werden soll.[49])

---

[45]) Litten ist auf S. 218 anderer Ansicht, aber ohne Begründung. Pescatore nimmt auf S. 254 hierzu keine Stellung.

[46]) So auch Brock S. 145 c α; Litten S. 219, 2b; Pescatore S. 254; Titze S. 233 b.

[47]) Zust. die in Anm. 46 Zitierten.

[48]) So Brock S. 146, 2 b α; Titze S. 234 b; Pescatore S. 255.

[49]) Brock S. 146; Titze S. 236; Pescatore S. 256.

Wenn beide Parteien ein Verschulden entweder hinsichtlich einer oder beider Leistungen trifft, so entsteht mit Rücksicht auf § 307 Abs. 1 Satz 2 überhaupt kein Anspruch, einerlei ob der Schuldner das Wahlrecht hat oder der Gläubiger.[50])

Trifft dagegen den Gläubiger ein Verschulden hinsichtlich der unmöglichen Leistung des Ajax und den Schuldner hinsichtlich der unmöglichen Leistung der Bellona, so besteht ein Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf das negative Interesse und umgekehrt ein solcher des Schuldners gegen den Gläubiger. Zweifelhaft kann es sein, ob auch jedesmal dem nicht wahlberechtigten Teil ein solcher Anspruch zuzubilligen ist. Das wird aber zu bejahen sein. Denn wenn die vom wahlberechtigten Teil zu vertretende unmögliche Leistung möglich wäre, dann hätte sich das Schuldverhältnis auf diese beschränkt, so daß der Gläubiger immerhin eine Leistung bekommen hätte. Dadurch, daß er darauf vertraut hat, kann er geschädigt sein, und solchen Schaden muß er vom Schuldner als negatives Interesse ersetzt verlangen können.[51])

Anhang.

Beweislast und rechtliche Natur des Anspruchs aus § 307 BGB.

Dem Wortlaut des § 307 BGB. entsprechend muß die Beweislast unter den Parteien folgendermaßen verteilt werden:

I. Wer auf Ersatz des negativen Interesses klagt, weil eine der Leistungen anfänglich unmöglich ist und der andere Teil dies kannte oder kennen mußte, muß beweisen, daß
   1. die eine der Leistungen von Anfang an unmöglich war,
   2. der andere Teil dies bei Abschluß des Vertrages wußte oder wissen mußte,

---

[50]) Brock S. 146.

[51]) Für Bestehen eines gegenseitigen Anspruchs Brock S. 145γ; Pescatore S. 254: „Liegen die Haftungsvoraussetzungen für Y für den Schuldner, im übrigen für den Gläubiger vor, so kann der Schuldner Entschädigung dafür verlangen, daß er X nicht leisten, und der Gläubiger dafür, daß er Y nicht erhalten kann". Nach dem im Text Ausgeführten kommt es auch in diesem Fall nicht darauf an, ob der Schuldner oder der Gläubiger wahlberechtigt ist.

3. ihm ein Schaden entstanden ist, der unter das negative Interesse fällt.

II. Der andere Teil hat dagegen zu beweisen, daß der Ersatz Begehrende ebenfalls um die anfängliche Unmöglichkeit wußte oder wissen mußte.[52])

Die Verteilung der Beweislast wird in der Literatur fast allgemein gebilligt.[53]) Nur zwei Schriftsteller halten sie nicht für befriedigend; der eine, Titze,[54]) bemängelt sie allerdings nur, während der andere, Leonhard,[55]) eine andere Verteilung vornimmt.

Über Titzes Rüge kann also hinweggegangen werden. Leonhard will dagegen dem Kläger auch den Beweis auferlegen, daß er selbst die anfängliche Unmöglichkeit nicht kannte oder kennen mußte. Schwerlich mit Recht; den Tatbestand der Klage bildet § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das geht aus dem Text deutlich hervor. Mit Satz 1 sind alle Voraussetzungen des Anspruchs aufgezählt. Weil es aber unbillig wäre, dem an sich ersatzpflichtigen Teil die Ersatzpflicht auch dann aufzubürden, wenn der Ersatz Begehrende selbst ebenso schuldhaft gehandelt hat, so ist in Satz 2 als Wohltat für den Ersatzpflichtigen ein Fall angefügt worden, in dem er nicht zu haften hat. Will er von dieser Wohltat Gebrauch machen, so muß er auch die Voraussetzungen, die diese Wohltat als im konkreten Fall berechtigt erscheinen lassen sollen, beweisen.

Nunmehr ist noch auf die rechtliche Natur des Anspruchs aus § 307 BGB. einzugehen. Oben ist gezeigt worden, daß der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse stets für eine Leistung gegeben wird, die niemals Obligationsinhalt werden kann, da

---

[52]) In diesem Falle ist es möglich, daß überhaupt kein Raum für einen negativen Interessenanspruch vorhanden ist, weil der Vertrag unter § 308 Abs. 1 BGB. fallen kann. Daß auf Ersatz negativen Interesses geklagt wird, steht nicht entgegen, da es auf die Parteiabsichten bei Abschluß des Vertrages ankommt, nicht auf die zur Zeit der Klagerhebung.

[53]) So Titze S. 227, 228; Schollmeyer S. 157 unter 6; Oertmann zu § 307 unter 9; Planck zu § 307; Kuhlenbeck zu § 307, 1.

[54]) Titze S. 228.

[55]) Leonhard S. 367.

ein Vertrag hinsichtlich ihrer nicht möglich ist. Man wird deshalb diesen Anspruch nicht als einen vertraglichen bezeichnen können. Aber ist er darum ein deliktischer? Dagegen spricht, daß seiner dann an einer falschen Stelle im Gesetzbuche Erwähnung getan wird,[56]) und daß er doch immerhin aus Anlaß, daß ein Vertrag nicht zustande kam, gegeben worden ist. Welcher Natur soll er aber dann sein? Es bleibt noch übrig, daß er zwischen Vertrag und Delikt steht. Dieses haben zunächst Dernburg[57]) und, wie es scheint, auch Enneccerus[58]) derart angenommen, daß sie den Anspruch für eine stillschweigend übernommene oder von Gesetzes wegen auferlegte Garantieübernahme ansehen. Dagegen spricht, daß einerseits die Parteien eine solche Garantie gar nicht übernehmen wollen,[59]) und daß andererseits das Gesetz die Auferlegung der Garantieübernahme vom Verschulden abhängig gemacht haben sollte.

Brock[60]) sieht den Anspruch als eine selbständige Rechtsfigur zwischen dem Kontrakts- und Deliktsanspruch an. Selbständig ist der Anspruch gar nicht, sondern bedingt dadurch, daß ernstlich über eine anfängliche unmögliche Leistung kontrahiert werden soll. Er steht im engen Zusammenhange mit dem nichtigen Kontrakt.

Darum muß sich auch eine Erklärung für die rechtliche Natur des Anspruchs finden, die dieses in befriedigender Weise zum Ausdruck bringt, das ist am besten dadurch gegeben, wenn man Oertmanns Definition beitritt. Danach handelt es sich[61])

> „um die Verletzung zwar nicht einer reinen Vertragspflicht, aber doch einer bei Gelegenheit von Vertragsverhandlungen einem jeden Kontrahenten kraft Gesetzes obliegenden Verpflichtung: in diesem Sinne liegt eine Verletzung rechtsgeschäftlicher, weil den rechtsgeschäftlich

---

[56]) Oertmann zu § 307 S. 160.

[57]) Dernburg S. 154 Ziff. 6.

[58]) Enneccerus S. 74.

[59]) Denn wollen sie das, dann wäre Gegenstand des Vertrages die Garantieübernahme, eine mögliche Leistung, also der Vertrag gültig.

[60]) Brock S. 197; ähnlich Planck S. 121 zu § 307, 6.

[61]) Oertmann S. 160.

verhandelnden Parteien als solchen auferlegten Pflichten vor".[62])[63])

Demnach ist der Anspruch zwar kein kontraktlicher, aber doch ein bei Gelegenheit von Vertragsverhandlungen wegen Verletzung dieser entstandener (culpa in contrahendo).

Praktisch wird diese hier behandelte Frage dann, wenn es sich darum handelt, ob der Anspruch aus § 307 BGB. bereits verjährt ist.

Da der Anspruch ein deliktischer zweifellos nicht ist, verjährt er auch nicht in drei Jahren (§ 853 BGB.). Zweifelhaft kann nur sein, ob er schlechthin in 30 Jahren oder in der Zeit verjährt, in welcher die Kontraktsklage verjähren würde, wenn der Vertrag gültig wäre.

Für die erste Alternative sind Brock[64]) und Kleineidam.[65]) Sie meinen, daß der Anspruch andernfalls zu sehr an den Vertrag angelehnt werden würde. Außerdem seien in §§ 196 f. BGB., der die kürzeren Verjährungsfristen regele, solche Verbindlichkeiten vorgesehen, die aus gültigem Vertrage entsprungen seien. Deshalb sei die zweite Alternative auch nicht möglich.

Ich teile diese Bedenken nicht. Der Anspruch ist allerdings kein kontraktlicher, aber so nahe damit verwandt, daß die Anlehnung nichts schadet. Hinsichtlich der von Kleineidam und Brock erhobenen Bedenken, daß die Verbindlichkeiten, die im § 196 aufgezählt seien, nur aus gültigen Verträgen entsprungen seien, hat Oertmann schon mit Recht darauf hingewiesen,[66]) daß

---

[62]) Vers. A. Fischer-Henle zu § 307; Titze S. 229; Schollmeyer S. 155 Nr. 3; Kleineidam S. 40.

[63]) Schon in Rom gab es keine Deliktklage, sondern eine Kontraktklage:

l. 8 § 1 D. 11, 7: Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

l. 62 § 1 D. 18, 1; Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur.

[64]) Brock S. 197/98.

[65]) Kleineidam I S. 41/42.

[66]) Oertmann S. 160.

„doch immer Ansprüche, wenn schon nicht aus Verträgen, so doch aus Vertragsverhandlungen von der Art in Frage ständen, wie sie das Gesetz für die kürzere Verjährung in Betracht zieht. Deren Grund ist nicht die Eigenart der Ansprüche, sondern die der Lebensverhältnisse, die das Gesetz schnell abgewickelt wissen will. Und dieser Grund trifft auch für die hier fraglichen Ansprüche zu".

Demnach entscheide ich mich dahin, daß dieser Anspruch in der Zeit verjährt, in der die Kontraktsklage im Falle der Gültigkeit des Vertrages verjähren würde.[67])[68])

§ 9a.

Die teilweise Unmöglichkeit.

Bisher ist immer davon ausgegangen, daß eine der Leistungen oder beide völlig unmöglich waren. Nunmehr ist noch zu prüfen, welche Wirkungen entstehen, wenn eine der Leistungen oder beide nur teilweise unmöglich sind.

In einem solchen Fall liegt eine eigenartige Kollision der Rechtsnormen der §§ 139 u. 265 BGB.[1]) vor. Denn in Wahrheit regelt auch § 265 BGB. einen bestimmten Fall der teilweisen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, weil die einzelne alternativ geschuldete Leistung für sich als ein Teil des als einheitliches Schuldverhältnis aufzufassenden Wahlschuldverhältnisses ist. Es fragt sich daher, welche dieser beiden Normen angewandt werden

---

[67]) Zust. Enneccerus S. 74; Schollmeyer S. 155; Titze S. 229; Fischer-Henle Nr. 3 zu § 307; dagegen Goldmann-Lilienthal S. 357 Ziff. 5.

[68]) Die Frage, ob der Ersatzpflichtige im Falle des § 307 BGB., abgesehen von der Haftung auf das negative Interesse, auch auf Abtretung des eventuellen Ersatzanspruchs im Sinne von § 281 BGB. haftet, wird für Spezies schulden in der Literatur überwiegend, z. B. von Oertmann zu § 281 Nr. 3, S. 159 zu § 307 Nr. 7; Dernburg S. 155 Anm. 12; Schollmeyer zu § 281, 26; Kleineidam S. 43, 44, abgelehnt. Dafür ist nur Cosack S. 409 in 5. Aufl. Infolgedessen wird die Frage für Wahlschulden auch zu verneinen sein.

[1]) vgl. Kleineidam S. 27.

sollen. Streng nach dem Wortlaut des § 265 BGB. könnte es scheinen, als ob dieser seine Regeln nur für den Fall der vollständigen Unmöglichkeit aufstellen wollte. Eine solche Ansicht findet sich auch in der Literatur bei Schollmeyer[2]) wo es heißt:

> „Ist von Anfang an ein Teil der einen alternativ geschuldeten Leistung unmöglich, so trifft § 265 nicht zu. Es dürfte auch schwerlich im Sinne des Gläubigers und Schuldners sein, hier eine Alternativobligation zwischen dem unbedeutenden Rest der einen Leistung und der anderen vollen Leistung anzunehmen. Deshalb ist hier lediglich § 139 anzuwenden".

Will man bei einem zweifelhaften Wortlaut eines Paragraphen das genaue Anwendungsgebiet desselben erkennen, so ist auf die ratio legis einzugehen und danach das Anwendungsgebiet „zweckmäßig" festzulegen.[3]) Das scheint mir Schollmeyer aber nicht getan zu haben. Denn wenn § 139 BGB. auf diesen Fall lediglich anzuwenden ist, so kommt es doch nach der Natur des § 139 regelmäßig vor, daß ein solches Schuldverhältnis in vollem Umfange nichtig ist, weil die Parteien das alternative Schuldverhältnis mit Rücksicht auf die teilweise unmögliche Leistung nicht vereinbart hätten. Dann wäre das ganze Wahlschuldverhältnis nichtig. Diesem Ergebnis sucht aber gerade der § 265 BGB. entgegenzuarbeiten, indem er die Wirkungen, die das obligationszersetzende Prinzip der Unmöglichkeit hat, dadurch zu beseitigen sucht, daß an die Stelle der unmöglichen Leistung die andere Leistung, solange sie nur möglich ist, treten soll. In diesem Sinne sagt Titze mit Recht[4]):

> „Der Gläubiger muß nach Schollmeyer event. zufrieden sein, wenn er von dem wahlberechtigten Schuldner, dem die eine der geschuldeten Leistungen teilweise unmöglich geworden ist, den möglich gebliebenen Teil event. noch Schadensersatz wegen des unmöglichen Teils, im besten Falle Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit erhält, obwohl die übrigen der

[2]) Schollmeyer zu § 265, 2 S. 69.
[3]) Litten S. 209, 3.
[4]) Titze S. 198 Anm. 2.

wahlweise geschuldeten Leistungen sämtlich noch möglich sind. Dieses unannehmbare Ergebnis läuft dem Zweck des § 265 geradewegs zuwider".

Demnach ist Schollmeyers Ansicht auch nicht beizupflichten.[5]) Vielmehr wird in der Regel der Anwendung des § 265 BGB. nichts im Wege stehen. Jedoch ist folgendes zu berücksichtigen. Jede einzelne alternativ geschuldete Leistung ist ein Teil des alternativen Schuldverhältnisses. „Sie ist aber für sich betrachtet", um mit Kleineidam[6]) zu reden, „eine in sich abgeschlossene vollständige Leistung, welche sogar — die auf sie fallende Wahl voraussetzt — bestimmt ist,

„einmal den alleinigen Gegenstand des Schuldverhältnisses zu bilden und in ihrer Verwirklichung als vollständige Erfüllung desselben zu gelten".

Dementsprechend können auch die Vorschriften über teilweise Nichtigkeit eine an sich gültige alternativ geschuldete Leistung nur mit ergreifen, solange sie sich als ein Teil des übergeordneten Schuldverhältnisses darstellt. Löst man sie daraus los, so kann sie für sich allein wirksam bleiben. Aus dieser Erwägung heraus rechtfertigt es sich auch, die alternativ geschuldete, teilweise unmögliche (also teilweise nichtige) Leistung zunächst für sich zu betrachten und darauf den § 139 BGB. anzuwenden. Das gewonnene Ergebnis reiht man dann wieder in die Alternativobligation ein und erhält folgendes Bild:

Die teilweise unmögliche Leistung ist überhaupt nichtig, weil sie so, wie sie bewirkt werden könnte, nicht vereinbart worden wäre. Dann scheidet sie gemäß § 265 Abs. 1 BGB. aus. Die nur teilweise Unmöglichkeit steht dem nicht entgegen, da mit Hilfe des § 139 die Wirkungen der vollständigen Unmöglichkeit erzielt werden. In obligatione ist alsdann die andere mögliche Leistung.

Die teilweise unmögliche Leistung ist nach wie vor in Ansehung des möglichen Teils gültig, dann liegen Gründe für die Anwendung der Vorschriften über Unmöglichkeit überhaupt nicht

---

[5]) Dagegen auch Oertmann zu § 265, 1; Litten S. 221; Pescatore S. 158; Titze S. 198; Kleineidam I S. 27 f.

[6]) a. a. O. S. 28.

vor. Denn es handelt sich ja um eine vollkommen mögliche und gültige Wahlschuld.[7])

Sind beide alternativ geschuldeten Leistungen jede für sich teilweise unmöglich, so ergibt sich dasselbe Resultat, indem diese Prüfung nach beiden Seiten hin vorgenommen wird.

Für die Auslegung des Parteiwillens bietet, sofern es sich um gegenseitige Verträge handelt, die Gegenleistung für die teilweise unmögliche Leistung einen Anhaltspunkt.

Im übrigen ist es für die anfängliche Unmöglichkeit einerlei, ob es sich um gegenseitige oder einseitige Verträge handelt, da infolge der Nichtigkeit der unmöglichen Leistung die dafür event. geschuldete Gegenleistung ebenfalls hinfällig wird und, sofern sie bewirkt werden muß, als Entgelt für die mögliche Leistung bewirkt wird. Bei teilweiser Bewirkung der Leistung tritt eine Minderung nach den Vorschriften über den Kauf ein.

B. Das anfängliche Unvermögen.

§ 10.

Die Wirkung auf die Gültigkeit des Vertrages und der einzelnen Leistungen.

Es ist schon des öfteren in dieser Arbeit darauf hingewiesen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter „unmöglichen Leistungen“ [1]) solche Leistungen versteht, deren Bewirkung objektiv unmöglich ist. So heißt es in den Motiven[2]) an der entsprechenden Stelle:

„Verstanden ist die anfängliche objektive Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen“.

Über dieses finden sich vielmehr im Gesetz überhaupt keine Bestimmungen, weder hinsichtlich der Speziesschulden noch hinsichtlich der Wahlschulden.

---

[7]) Dafür Oertmann zu § 307; Pescatore S. 158; Litten S. 221 Kleineidam S. 28.

[1]) vgl. §§ 306, 265 BGB.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 176.

Nur eins steht fest. Wie die fragliche Vorschrift[3]) für die anfänglich objektiv unmögliche Leistung einer Speziesschuld keine Anwendung findet auf die Leistung, zu deren Bewirkung der Schuldner nur unvermögend ist, so findet auch die für Wahlschulden geltende Bestimmung des § 265 BGB. keine Anwendung, wenn beim Alternativschuldverhältnis eine Leistung vereinbart ist, zu deren Bewirkung der Schuldner von vornherein unvermögend ist.

Kann demnach eine solche Leistung gültig vereinbart, d. h. zum Inhalt eines gültigen Schuldverhältnisses erhoben werden? Die Antworten aus der Literatur gehen hierüber auseinander.

Krug[4]) hält einen solchen Vertrag für nichtig und glaubt, damit zum billigsten und befriedigendsten Resultat zu kommen. Die Gründe, die er für seine Ansicht anführt, drehen sich hauptsächlich darum, daß bei der Regelung des anfänglichen Unvermögens eine Lücke im Gesetz gelassen sei, die im Sinne eines Gesetzgebers, der das für angemessen halte, was der rechts- und dogmengeschichtlichen Entwicklung entspreche, ausgefüllt werden müsse. Ferner wendet er sich gegen die vielfach behauptete Garantieübernahme, die der Schuldner kraft Gesetzes übernehme, daß die Leistung, zu der er unvermögend sei, auch bewirkt werde. Das Bürgerliche Gesetzbuch stehe nicht auf dem Standpunkt, daß dem Schuldner für das Fehlen subjektiver Erfüllungshindernisse eine Garantieübernahmepflicht obliege. Schon in den Protokollen[5]) stehe:

> „Es müsse unterstellt werden, der Verkäufer wolle nur unter der Voraussetzung verkaufen, daß das Kaufobjekt wirklich vorhanden sei".

Ließe sich, heißt es bei Krug weiter, nicht mit demselben Recht sagen, der Verkäufer habe den Gegenstand nur unter der Voraussetzung veräußert, daß ihm nicht das Recht auf denselben oder die faktische Disposition über ihn entzogen sei?

---

[3]) Des § 306 BGB.

[4]) Krug, Diss. S. 36 ff.; mit ihm Stammler S. 107, aber ohne Begründung. Auch Dernburg § 61 II ist für Nichtigkeit, auf ihn ist aber etwas weiter unten noch einzugehen.

[5]) Prot. S. 453.

Endlich wendet Krug sich noch dagegen, daß die Motive nicht gegen ihn verwandt werden dürften. Darin hat ihn Kleineidam[6]) bereits ausführlich widerlegt, so daß ich hier darauf verweisen kann.

Zunächst soll mit allem Vorbehalt einmal zugegeben werden, daß sich eine Lücke bei der Regelung des anfänglichen Unvermögens befindet, die im Sinne eines Gesetzgebers auszufüllen zweckmäßig ist, der das für angemessen erachtet, was der bisherigen rechts- und dogmengeschichtlichen Entwicklung entspricht. Läßt sich dann der Standpunkt Krugs rechtfertigen, daß die subjektive und objektive anfängliche Unmöglichkeit deswegen gleichzustellen sind? Ich komme zu einem Krugs Meinung entgegengesetzten Resultat. Ich entnehme die Übersicht über die Entwicklung der Krugschen Schrift[7]) wie folgt:

1. Etappe: obligationes stricti iuris; Gültigkeit des Vertrages; Anspruch auf das positive Erfüllungsinteresse;
2. Etappe: bonae fidei = Kontrakte und ältere gemeinrechtliche Lehre: Gültigkeit des Vertrages, bisweilen Befreiung von der Schadensersatzpflicht;
3. Etappe: neuere gemeinrechtliche Doktrin, Nichtigkeit des Vertrages, aber stets Anspruch auf das negative Vertragsinteresse;
4. Etappe: romanistischer Doktrinarismus: Bei objektiver Unmöglichkeit wird niemals für das Interesse gehaftet; bei subjektiver Unmöglichkeit liegt ein gültiger Vertrag vor und wird rücksichtslos gehaftet.

Nach Krugs Ansicht muß die 4. Etappe gegenüber der 3. einen Rückschritt bedeuten. Will er also eine fortschrittliche Lösung erzielen, so muß er an die 3. Etappe anknüpfen. Dem folgend erklärt er den Vertrag für nichtig und erkennt, weit entfernt von einem Anspruch auf das positive Interesse, nur einen beschränkten Anspruch auf das negative Interesse an.[8]) Ich kann weder die 3. Etappe noch die Theorie Krugs als einen Fortschritt in

[6]) Kleineidam II S. 130 f.

[7]) Krug S. 38.

[8]) Nämlich dann, wenn der Schuldner um sein Unvermögen wußte oder wissen mußte. Vgl. § 307.

der Entwicklung der Lehre vom Unvermögen erblicken. Liegt es im Sinne des Gesetzes einerseits, allem Unmöglichen seinen Schutz zu versagen,[9]) so ist es andererseits gerade der Zweck des Gesetzes, alle Leistungen, die möglich sind, zu schützen.[10]) Schon in Rom ist aber unterschieden worden zwischen eigentlich unmöglichen Leistungen (impedimenta naturalia) und solchen, deren Bewirkung nur dem Schuldner Schwierigkeiten verursachen (ad facultatem promissoris pertinent).[11]) Ein solcher Unterschied bestand auch nicht nur bei den obligationes stricti iuris der 1. Etappe, sondern auch bei den bonae fidei contractus der 2. Etappe.[12]) Und daß auch durch die 3. Etappe dieser Unterschied nicht aufgehoben werden sollte, beweist der Umstand, daß stets, ohne Rücksicht auf Verschulden, ein Anspruch, wenn auch nur auf das negative Vertragsinteresse, gegeben worden ist. Steht aber fest, daß der Unterschied zwischen Unmöglichkeit und bloßer Schwierigkeit auch in der 3. Etappe besteht, dann ist die dort getroffene Lösung der Frage, Nichtigkeit des Vertrages, nicht glücklich. Denn der fragliche Unterschied kann doch nur nach römischem Muster festgehalten werden, daß die besonders schwierigen Leistungen, zu deren Bewirkung nur der Schuldner unvermögend ist, aus dem Gebiete der eigentlichen, von Gesetzes wegen zu berücksichtigenden Unmöglichkeit ausscheiden. Scheiden sie aus, dann sind sie in Wahrheit das Gegenteil von „unmöglich", d. h. möglich. Sind sie möglich, dann hat das Gesetz ein Interesse daran, wie oben erwähnt, sie zu schützen, d. h. einen Rechtsanspruch auf sie zu gewähren. Daher bedeutet es einen Rückschritt, wollte man davon abgehen und diesen, von jeher als eigentlich möglich anerkannten Leistungen den rechtlichen Schutz versagen. Denn der Ausweg, den Krug vorschlägt,[13]) ist kein Ausweg, sondern ein Notbehelf bei Verträgen, deren unabweisbare Nichtigkeit sowieso schon zu Härten führt.

---

[9]) D. h. keinen Rechtsanspruch darauf zu gewähren.

[10]) D. h. den Vertrag für gültig zu erklären und deshalb einen Rechtsanspruch auf die Leistung zu gewähren.

[11]) vgl. im übrigen die Stelle in den Digesten: l. 137 § 4, 5 D. de verb. obl. 45, 1; oben im § 3 dieser Arbeit am Ende.

[12]) vgl. dazu Rabel in Milanges Girardin, Paris 1907, p. 473 sq.

[13]) Der Anspruch aus § 307 BGB.

Außerdem will das Gesetz diesen Notbehelf gar nicht auf den von Krug genannten Fall angewandt wissen, weil es selbst die Notwendigkeit eines Schutzes dieser Ansprüche eingesehen hat. Darum hat es auch nicht besondere Vorschriften über das anfängliche Unvermögen gegeben, da der Vertrag, bei dem anfängliches Unvermögen vorliegt, als auf eine eigentlich mögliche Leistung gerichtet, gültig ist. Daran ändert auch der dritte Grund Krugs nichts, daß nämlich in dem Vertrag eine Garantieübernahme nicht erblickt werden könne. Eine solche liegt auch gar nicht vor, es müßte denn sein, daß in jedem gültigen Vertrag zugleich eine Garantieübernahme für die Bewirkung der Leistung zu ersehen wäre. Das wäre ein höchst überflüssige Konstruktion. Denn kraft des gültigen Vertrages ist der Schuldner zur Leistung verpflichtet; wenn er sie nicht bewirkt, trotzdem die Bewirkung möglich ist, haftet er dafür. Einer Garantieübernahme bedarf es daher nicht.[14]) Mit der betreffenden zitierten Stelle aus den Protokollen läßt sich gar nichts beweisen. Denn diese gibt auch keinen Grund für die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unmöglichkeit. Die Parteien haben nicht zu bestimmen, ob ein Vertrag wegen Unmöglichkeit nichtig sein soll; das bestimmt die Logik. Dabei brauchen wir Parteivoraussetzungen nicht.

Demnach halte ich daran fest, daß die 3. Etappe und Krugs Ansicht einen Rückschritt in der Rechtsentwicklung bedeuten, und daß die Wissenschaft mit der Rechtsentwicklung fortgeht, wenn sie einen Vertrag,[15]) der auf eine Leistung gerichtet ist, zu deren Bewirkung der Schuldner nur von vornherein unvermögend ist, für gültig erklärt.[16]) [17]) [18]) Hier kann nur noch eingewandt werden,

---

[14]) Gegen eine Garantieübernahme auch Oertmann zu § 306, 1b; Kleineidam II S. 130f.

[15]) Es ist praktischer, hier zunächst von einem einfachen Vertrage als solchen zu sprechen als von der Wahlschuld und ihren Leistungen, da das, was sich für den einfachen Vertrag ergibt, ohne weiteres auf die Wahlschuld übertragbar ist.

[16]) Hierzu kommt noch, daß sich die Gültigkeit des Vertrages auch aus § 306 per argumentum a contrario ergibt. Das Gesetzbuch selbst nimmt die Fälle, in denen der Schuldner von Anfang an unvermögend zur Leistung ist, stillschweigend von der Unmöglichkeit aus.

[17]) Für die Gültigkeit auch die weitaus größere Anzahl der Schriftsteller, so Oertmann zu § 306, 1b; Schollmeyer zu § 306 Nr. 1; Endemann S. 695;

daß bei der 2. Etappe ein Fortschritt gegenüber dieser Entscheidung bemerkbar sei, weil dort eine Befreiung des Schuldners unter Umständen einträte, hier dagegen nicht. Das schlägt aber nicht durch. Auch hier haben wir zeitweilige Befreiung, nämlich dann, wenn der Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht kraft der Einrede aus entgegenstehendem eigenen wichtigen Interesse hat. Treffend sagt daher Krückmann[19]):

> „In der Streitfrage, ob das ursprüngliche Unvermögen nach Art der ursprünglichen Unmöglichkeit oder nach Art des nachfolgenden Unvermögens zu behandeln ist, können wir uns kurz fassen: Nach keinem von beiden, sondern nach der Einrede aus entgegenstehendem gewichtigen eigenen Interesse".

Damit folgt zugleich aus den früheren Ausführungen Krückmanns, insbesondere bei der Erklärung der Unmöglichkeit, daß er für die Gültigkeit des Vertrages ist. Kann es also darum als sicher gelten, daß ein Vertrag, bei dem anfängliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegt, gültig ist, so ist trotzdem

---

Enneccerus S. 73 Nr. 2; Crome S. 100; Biermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 91 S. 95; Kisch II S. 551; Goldmann-Lilienthal S. 358; Kuhlenbeck S. 227 zu § 275; Staudinger zu § 306, 1b; Planck zu § 306, 4; vgl. hierzu auch Loske, Diss. S. 54—61; RG. in JurW. 1908 S. 712 Ziff. 7; JurW. 1910 S. 180; OLG. Hamburg im Recht 1909 Ziff. 1104; OLG. Bd. 3 S. 8 u. a. die früheren Entscheidungen.

[18]) So auch im römischen Recht l. 137 § 5 D. 45, 1; ferner l. 34 D. de verb. obl. 45, 1:

Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi,

l. 15 § 3 i. f. D. de usurp. 41, 3: Quia concessum est rem stipulari etiam quae promissoris non est,

l. 28 D. de contr. empt. 18, 1: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.

Ebenso das französische Recht: Code civil in Crome, Grundlehren des französischen Obligationsrechtes § 5 Nr. 1. Hier aber eine bedeutsame Ausnahme im code civil art. 1599: La vente de la chose d'autruit est nulle; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré, que la chose fût à autruit.

[19]) Krückmann S. 127.

der Streit gerade hinsichtlich der Gültigkeit noch nicht erledigt. Denn man hat geltend gemacht, daß es in solchem Fall nicht bei der einfachen Gültigkeit bleiben kann, so daß immer ein Anspruch entsteht. Das würde zu großen Härten führen, deshalb hat man die Gültigkeit eines solchen Vertrages gewissermaßen eingeschränkt.

Hier ist zunächst Titze zu nennen, der seine Ansicht dahin formuliert,[20]) daß

> „es sich hier um eine Lücke im Gesetzbuch, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden müsse, handle. Dies könne aber nur dadurch geschehen, daß man auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung die für die nachträgliche erlassenen Rechtssätze zur Anwendung bringe".

Aus dem, was oben gegen Krugs Ansicht gesagt ist, geht hervor, daß es sich um eine Lücke im Gesetzbuch gar nicht handeln kann. Es ist oben schon darauf hingewiesen worden und kann hier nur wiederholt werden, daß das Gesetzbuch die weiteren Wirkungen des anfänglichen Unvermögens gar nicht zu regeln brauchte. Das Unvermögen ist im Sinne des Gesetzbuches keine Unmöglichkeit. Der Vertrag ist als auf eine in Wahrheit mögliche Leistung gerichtet anzusehen und daher derart gültig, daß aus ihm ein Anspruch erwachsen muß. Für eine verschiedene Behandlung von Verträgen mit möglichem Leistungsinhalt und solchen, zu dessen Bewirkung nur der Schuldner von vornherein unvermögend ist, ist kein Grund ersichtlich, dazu wäre eine besondere Gesetzesbestimmung erforderlich.

Abgesehen davon leidet Titzes Theorie auch an einer inneren Schwäche. Daß die Vorschriften über nachträgliche subjektive Unmöglichkeit Anwendung finden sollen, bedeutet, wie Titze selbst ausführt, daß der Schuldner, sofern er das Unvermögen nicht zu vertreten hat, von seiner Leistung frei wird.[20a]) Aber wann wird er frei? Doch in dem Augenblick, wo das von ihm nicht zu vertretende Unvermögen eingetreten ist, d. h. beim Abschluß des Ver-

---

[20]) Titze S. 251/52.

[20a]) s. die einzelnen Wirkungen bei Titze S. 252.

trages.[21]) Dieser ist also in demselben Augenblick, wo er gültig abgeschlossen ist, schon wieder erloschen. Eine solche Absicht kann dem Gesetz aber nicht zugemutet werden, das hieße die Parteien zur Spielerei auffordern. Daher würde diese Regelung, selbst wenn sie an sich möglich wäre, aus diesem Grunde abzuweisen sein.[22])

Ferner nimmt Brecht[23]) eine vermittelnde Stellung ein. Eine Haftung aus dem Vertrage sei nicht möglich. Eine solche könne sich nur gründen auf Verletzung der vertraglich übernommenen Pflichten. Denn wenn der Schuldner nicht von vornherein der geeignete Mittler zum Vertragsschluß sei und der Schuldner dies hätte wissen müssen, so könne die Haftung des Schuldners auf der Verletzung vertraglich übernommener Pflichten nicht beruhen. Denn bevor der Vertrag geschlossen sei, könnten aus ihm keine Pflichten entstanden sein, die der Schuldner verletzt haben könnte.

Sie könne eben nur auf ein über sein Versprechen zur Anstrengung hinausgehendes Haftungsversprechen des Schuldners zurückgeführt werden. Dieses könne in verschiedenem Umfange abgegeben sein: entweder eines Garantieversprechens oder einer Haftung für bloße Voraussetzungen der Erfolgsgewährung. Ein solches Haftungsversprechen sei ohne weiteres aus dem Auftreten des Schuldners zu entnehmen. Es umfasse nur solche Hindernisse nicht mit, die außer für den Schuldner auch für alle übrigen Personen vorlägen und daher die reale Befriedigung des Gläubigers objektiv ausschlössen.

Dieser Ausweg ist, wie Oertmann[24]) mit Recht hervorhebt, willkürlich. Er enthält eine vom Gesetz gewiß nicht beabsichtigte Bevormundung der Parteien. Denn konsequenterweise muß dann neben jedem anderen gültigen Vertrag ebenfalls ein

---

[21]) vgl. die oben gemachten Ausführungen über das Prinzip der obligationszersetzenden Kraft der Unmöglichkeit, das hier von Titzes Standpunkt aus natürlich analoge Anwendung finden muß.

[22]) s. auch Oertmann zu § 306,1 b. Hierzu kommen noch die anderen, namentlich von Kisch II S. 551 ff. geltend gemachten Gründe.

[23]) In Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 293 ff.

[24]) Oertmann zu § 306,1 b S. 157.

Garantievertrag oder ein ähnlicher als von Gesetzes wegen neben diesem herlaufend fingiert werden. Aber selbst wenn diese Garantieübernahme nach Brecht nicht von Gesetzes wegen eintreten soll, sondern stillschweigend in den Parteivereinbarungen enthalten sein soll, so wäre der Ausweg dennoch ungeeignet, weil er nicht ausreicht. Denn in all den Fällen, wo der Schuldner in Unkenntnis seines Unvermögens kontrahiert, ist die Annahme einer stillschweigenden Garantieübernahme wegen ihrer Unerfindlichkeit wenigstens im Vertragswillen des Schuldners ausgeschlossen. Und ein Haftungsversprechen für Anstrengungen zur Herbeiführung des Erfolges hat eben seine Grenze beim Unvermögen des Schuldners. Dennoch muß auch in diesen Fällen nach der herrschenden, richtigen Ansicht ein Anspruch gegeben sein. Daher ist bei der Theorie der unbedingten Gültigkeit des Vertrages zu bleiben.[25][26])

Der ihr von Titze[27]) gemachte Vorwurf, daß für ihre Berechtigung nur ein argumentum a contrario aus § 275 Abs. 2 BGB. spreche, dieses aber im § 275 wegen seiner Stellung im System des Ganzen nicht enthalten sein könne, ist nicht durchschlagend. Auch ohne ein solches argumentum e contrario hat die Theorie ihre Berechtigung.

Man braucht nur, wie es oben geschehen ist, davon auszugehen, daß es sich um eine unmögliche Leistung gar nicht handelt, da grundsätzlich Unvermögen nicht zur Unmöglichkeit gehört. Alsdann erhält man einen Vertrag auf eine mögliche Leistung, die allerdings gerade der Schuldner nicht bewirken kann. Ein solcher Vertrag muß aber nach der ganzen Rechtsordnung einen Anspruch erzeugen. Schließlich ist auch, wie Titze meint, das Resultat nicht so unbillig. Selbst wenn der Schuldner in Unkenntnis seines Unvermögens kontrahiert, fragt es sich doch noch sehr, wessen Interessen mehr geschützt werden sollen. An und für sich sind beide Interessen gleich zu schützen, solange sich das mit der Verkehrssicherheit verträgt. Liegt aber deren Gefährdung nahe, so geht das Gläubigerinteresse voran. Denn dem Schuldner, der

[25]) Dafür auch Oertmann, Crome, Biermann, Kisch u. a.

[26]) Vermittelnd auch noch Siber in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 231 ff., der aber von Oertmann zu § 306, I b widerlegt wird.

[27]) Titze S. 249, 250.

sich zu einer Leistung verpflichtet, ist es leichter, zu untersuchen, ob er zu deren Bewirkung imstande ist oder nicht. Für den Gläubiger dagegen wird in der Regel eine solche Erkundigung nicht möglich sein; er wird sich in den meisten Fällen auf Mitteilungen des Schuldners verlassen müssen.

Daher kann mit allen Wirkungen ein Vertrag über eine Leistung abgeschlossen werden, zu deren Bewirkung der Schuldner von vornherein unvermögend ist. Ist das aber möglich, so kann auch eine der alternativ geschuldeten Leistungen, zu deren Bewirkung der Schuldner von vornherein unvermögend ist, gültiger Inhalt der Wahlschuld sein.

Hat der Schuldner in dem Falle das Wahlrecht, so braucht er nur die noch mögliche Leistung zu wählen und zu bewirken. Dann wird er frei; das Schuldverhältnis erlischt; das Unvermögen bleibt ohne Bedeutung.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht und wählt er die noch mögliche Leistung, so gilt das eben Gesagte.

Wählt er dagegen die andere Leistung oder ist der Schuldner zur Bewirkung beider Leistungen von Anfang an unvermögend, so fragt es sich, wie der Gläubiger seinen Anspruch verwirklichen soll. Das wird im nächsten Paragraphen zu zeigen sein.

§ 11.

Inhalt des Anspruchs, wenn der Schuldner zu der allein geschuldeten Leistung von vornherein unvermögend ist.

An und für sich müßte die Antwort auf die am Schlusse des vorigen Paragraphen gestellte Frage leicht sein. Aus einem gültigen Vertrage entsteht ein Anspruch auf die Leistung. Also mag der Gläubiger darauf klagen und, wenn er die Leistung nicht erhält, Ersatz dafür nach den allgemeinen Vorschriften begehren. So unbedenklich ist die Antwort hingegen nicht. Denn der angegebene Weg kann für den Gläubiger manchmal zu langwierig werden, und es fragt sich, ob nicht, da doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Nichterfolgen der Leistung besteht, der Gläubiger von vornherein einen Ersatzanspruch habe.

Dieses lehnt Kleineidam[1]) ab.

„Der Schuldner wird direkt zu der von seinem Unvermögen betroffenen, an sich nicht unmöglichen Leistung verpflichtet und kann demgemäß auch dazu verurteilt werden. Erst dann kann der Weg des § 283 beschritten werden, damit der Gläubiger die Interesseleistung erlangt. Diese letztere unmittelbar und mit Ausschließung der vom schuldnerischen Unvermögen betroffenen Leistung als Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung anzuerkennen, das verbietet m. E. das Interesse des Schuldners selbst. Denn dieser ist, wenn er auch aus persönlichen Gründen nicht leisten kann, doch nach § 267 BGB. berechtigt, durch einen Dritten erfüllen zu lassen, und würde um dieses Recht kommen, falls man die vom Unvermögen betroffene, von dem Parteiwillen ausdrücklich als der unmittelbare Verpflichtungsgegenstand bezeichnete Leistung nicht als solche gelten lassen wollte".

Richtig ist, daß der festgestellten Natur des Vertrages zufolge ein Anspruch auf die Leistung bestehen muß. Daß dieses aber notwendigerweise ausschließlich der Fall sein muß, vermag ich entgegen Kleineidam nicht anzuerkennen. Sein hierfür angeführter Grund ist nicht überzeugend. Er läßt sich als allgemeiner Grund nicht anführen. Dadurch wird nur ein besonderer Fall getroffen, nämlich der, daß der Schuldner leicht und ohne Mühe durch einen Dritten erfüllen kann. In allen anderen Fällen, wo eine solche Erfüllung dem Schuldner Schwierigkeiten verursacht, und selbst dann, wenn der Schuldner ein Interesse an einer solchen Erfüllung hat, um dem vielleicht unangenehmeren Ersatzanspruch zu entgehen, wird dem Gläubiger nicht einseitig zugemutet werden können, so lange mit der Verwirklichung seines Anspruchs zu warten, bis der Schuldner endlich selbst seine Bemühungen zur Herbeiführung der Vertragserfüllung als aussichtslos einstellt. Es darf eben nicht allein das Interesse des Schuldners berücksichtigt werden, sondern es muß auch das Interesse des Gläubigers in Betracht gezogen werden. Letzteres um so mehr,

[1]) Kleineidam I S. 48, II S. 127.

als dem Gläubiger wohl fast nie ein Vorwurf wegen dieser Lage des Vertrages gemacht werden kann.[2]) Deshalb ist die Theorie Kleineidams zu eng.

Zu weit und deshalb abzulehnen ist dagegen die Theorie, wonach dem Gläubiger nur ein Ersatzanspruch zustehen soll.[3]) Begründet wird diese damit, daß die Klage auf Leistung und die Erlangung des Ersatzes erst nach Ausbleiben der Leistung ein „sinnloser Schnörkel" sei. Für die Berechtigung des sofortigen Ersatzanspruches spreche außerdem die Analogie.

> „Wenn[4]) im Falle des § 286 Abs. 2 BGB. eine Leistung, die für den Gläubiger jedes Interesse verloren hat, nicht mehr eingefordert zu werden braucht, vielmehr sofort das Interesse verlangt werden kann, um wie viel mehr hier, wenn feststeht, daß die eigentliche Leistung niemals stattfinden wird. Die deutsche Praxis wird dann doch nicht darauf verurteilen".[5])

Von den Anhängern dieser Theorie wird zunächst übersehen, daß schon nach dem Prinzip des Rechtsschutzes aus einem gültigen Vertrage ein Anspruch auf die Leistung entstehen muß. Das ist eine unabweisbare Folgerung, die auch den Interessen der Parteien zunächst entspricht. Wollte man aber die Theorie Cromes und Sibers rückhaltlos anerkennen, so hieße das die Parteiinteressen direkt beeinträchtigen.

Die Interessen des Schuldners sind gefährdet, weil dann Kleineidams Bedenken zutrifft, daß nämlich dem Schuldner nunmehr jede Möglichkeit, die an sich nicht unmögliche Vertragsleistung zu erbringen, genommen wird.

Die Interessen des Gläubigers stellen sich als beeinträchtigt dar, wenn auf die Beweislast eingegangen wird. Kann der Gläu-

---

[2]) Auf die Fälle, wo dem Gläubiger doch ein Vorwurf gemacht werden kann, ist später noch zurückzukommen.

[3]) Vertreten von Crome S. 160, 161 mit Anm. 23—25; Siber S. 164, jedenfalls für die Fälle, in denen er den Schuldner haften läßt.

[4]) Entnommen aus Crome S. 161, Anm. 25.

[5]) Auch Dernburg § 61 will nur einen positiven Ersatzanspruch geben. Das ist aber schon um deswillen abzulehnen, weil Dernburg den Vertrag für nichtig erklärt. Dann müßte wohl eine besondere Vorschrift existieren.

biger nur Ersatz verlangen, so muß er den Abschluß des Vertrages und das anfängliche, zur Fälligkeit der Leistung bestehende Unvermögen des Schuldners zu deren Bewirkung behaupten und aller Voraussicht nach auch beweisen, weil der Schuldner es bestreiten wird. Der Beweis des Abschlusses des Vertrages mag ihm wohl gelingen; der Beweis, daß der Schuldner von vornherein zur Leistung unvermögend ist und noch ist, ist dagegen für den Gläubiger sehr schwierig, ja häufig sogar unmöglich. Denn wie soll der Gläubiger sich sicher und gefahrlos auf ein solches Experiment einlassen, wo der Schuldner in den meisten Fällen noch mit Hilfe eines Dritten erfüllen kann. Gelingt dem Gläubiger aber der Beweis des schuldnerischen anfänglichen Unvermögens nicht, so ist er mit seiner Klage abzuweisen.[6]) Er kann nicht etwa im Laufe des Prozesses zu der Forderung der Leistung übergehen. Das würde m. E. eine unzulässige Klageänderung enthalten.[7])

Es geht also aus diesen Erwägungen hervor, daß diese Theorie zu einem unbilligen Resultat führt und entfernt von jeder Rücksicht auf Parteiinteressen zum Ziele kommen will. Nur in einem Falle trifft sie das Richtige, allerdings nicht von dem Gesichtspunkt aus, weil nur ein Interessenanspruch besteht, sondern weil der letztere als der praktischste geltend gemacht werden wird. Das ist der Fall, in dem das Unvermögen des Schuldners sicher ist, wie z. B. in dem von Siber[8]) angeführten Beispiel. Hier wird der Gläubiger, weil auch den Parteiinteressen entsprechend, sofort Ersatz begehren. Dieser Fall zeigt denn auch den Weg zum richtigen Resultat; das sind, wie so häufig, die Mittelmeinungen.

Deren gibt es zwei. Beiden ist gemeinsam, daß nach ihnen weder ein ausschließlicher Anspruch auf die Leistung noch ausschließlich ein solcher auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses

---

[6]) Kisch I S. 122ff. mit Anmerkungen.

[7]) Umgekehrt dürfte der Übergang vom Leistungs- zum Interessenanspruch zulässig sein, wie sich gleich zeigen wird.

[8]) Siber S. 164: Ein Schlossergeselle gibt sich als Kunstmaler aus, verpflichtet sich einem Mäcen gegenüber, ihm seine Villa al fresco auszumalen, und schwindelt ihm einen Vorschuß ab.

besteht. Im praktischen Resultat wohl übereinstimmend unterscheiden sie sich in theoretischer Begründung insofern, als nach der einen der Schwerpunkt in der Frage liegt: Ist das anfängliche Unvermögen noch zu heben oder nicht? Je nachdem muß dann auf Leistung geklagt oder Ersatz verlangt werden.[9])

Ich halte diese Unterscheidung insofern nicht für praktisch, als es sich nur in den seltensten Fällen mit Sicherheit wird feststellen lassen können, ob das Unvermögen noch gehoben werden kann oder nicht. Wenn das letztere nach Sachlage noch so sehr der Fall zu sein scheint, so vermögen noch mannigfache Umstände diese Annahme wieder hinfällig zu machen. Nimmt man einmal an, daß bei dem oben im § 2 gebildeten Beispiel der Schuldner A das von B gewählte Pferd Ajax um deswillen nicht zu leisten vermag, weil dieses vor Vertragsabschluß ohne Wissen der Parteien von dem Geschäftsführer des A an C veräußert war, so liegt ein anfängliches Unvermögen des A zur Leistung des Ajax vor. Wenn nun C noch obendrein dem A erklärt hat, ihm das Pferd nicht wieder zurückverkaufen zu wollen, so wird ein endgültiges Unvermögen vorliegen. B muß also auf Ersatz klagen. Im Prozeß bestreitet A aber sein Unvermögen; die Beweislast liegt bei B, und er tritt diesen auch an durch Benennung des C als Zeugen. Als C vernommen wird, erklärt er sich zur Herausgabe bereit. Wie soll nun entschieden werden? Kann B jetzt zum Leistungsanspruch übergehen? M. E. nicht, denn das würde eine Klageänderung sein,[10]) der B wohl widersprechen würde. Sie wird auch nicht gemäß § 264 ZPO. zulässig sein, weil die Verteidigung des Beklagten dadurch nicht wesentlich erschwert würde. Sie wird doch insofern erschwert, als der Beklagte nun beweispflichtig für die Gründe wird, weshalb er nicht geleistet hat. In der Berufungsinstanz genügt sogar nur die einfache Rüge, um dem B das Übergehen zum Leistungsanspruch unmöglich zu machen. M. E. ist B mit dem Ersatzanspruch abzuweisen. Dann erreicht die Theorie aber nicht ihren Zweck.

---

[9]) Anhänger dieser Theorie sind Oertmann zu § 306, 1b; Titze Bd. 2 S. 358.

[10]) Nur der Übergang vom Leistungsgegenstand zum Interesse ist gemäß § 268 Ziff. 3 ZPO. nicht als Klageänderung anzusehen.

Aber wenn B seine Klage ändern könnte und so ein obsiegendes Urteil erhielte, dann kommt es doch nicht mehr darauf an, ob das Unvermögen zu heben war oder nicht. Denn je nach Bedarf kann man ja die Klage ändern.

Wenn andererseits das Unvermögen noch zu heben ist, entspricht es auch nicht immer der Sachlage, daß der Gläubiger nunmehr erst auf Leistung klagen muß. Er kann ein sehr großes Interesse daran haben, sofort im klaren darüber zu sein, was er verlangen kann. Daher halte ich die andere Begründung der Mittelmeinung für praktischer. Danach kann der Gläubiger auf Leistung klagen, gemäß § 283 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BGB.[11]) eine Frist für deren Bewirkung setzen[12]) und nach fruchtlosem Ablauf derselben Schadensersatz verlangen.

Er kann aber auch sofort Ersatz verlangen.

Im letzteren Falle trifft ihn die Beweislast für das anfängliche und jetzt noch bestehende Unvermögen des Schuldners; im ersteren Falle dagegen nicht.[13]) [14])

Bis jetzt war immer davon ausgegangen, daß dem Gläubiger das anfängliche Unvermögen des Schuldners beim Vertragsabschlusse unbekannt war. Wie ist die Sachlage aber zu beurteilen, wenn dem Gläubiger ein solcher Vorwurf zu machen ist? In diesem Falle erklärt Cosack,[15]) der sich sonst der herrschenden

---

[11]) § 283 BGB.: Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.

[12]) Diese Frist kann gleich im Urteil gemäß § 255 ZPO. bestimmt werden. Sie läuft aber erst von Rechtskraft des Urteils ab.

[13]) So auch Endemann S. 695 mit Anm. 21 und Anm. 24 auf S. 696; Enneccerus S. 73; Kisch S. 122f.; Matthiaß S. 178; Biermann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 94; Planck zu § 306; Staudinger zu § 306 (Vorbem. zu § 275).

[14]) So auch die Praxis: OLG. Kolmar, Rspr. d. OLG. Bd. 9 S. 282; OLG. Stuttgart in Seufferts Bl. f. RA. 1907 S. 1112; ähnlich auch RG. in JurW. 1908 S. 712.

[15]) Cosack S. 402/03 in § 99 I, 2.

Lehre angeschlossen hat, den Vertrag für nichtig, so daß also jegliche Ansprüche versagen. Schwerlich mit Recht, denn abstrakt betrachtet schadet das Unvermögen der Gültigkeit des Vertrages nicht, im konkreten, jetzt zu behandelnden Fall könnte das doch nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine solche Parteiabsicht vorläge. Diese wird aber doch gerade durch den in Kenntnis des Unvermögens erfolgenden Abschluß des Vertrages widerlegt.

Endemann[16]) und Dernburg[17]) versagen ohne Rücksicht auf das weitere Schicksal des Vertrages dem Gläubiger seine Ansprüche. Sie berufen sich dafür auf Treu und Glauben. Dazu sagt aber bereits Planck[18]) mit Recht:

> „Ebensowenig läßt sich mit Dernburg der Satz ableiten, daß ein Anspruch des Gläubigers aus dem Vertrage überhaupt wegfalle, wenn er bei dem Abschlusse des Vertrages die Unmöglichkeit gekannt habe. Daß Treu und Glauben dies immer oder auch nur regelmäßig forderten, läßt sich gewiß nicht behaupten. Man denke nur an den Fall, daß die beim Abschlusse des Vertrages vorhandene Unmöglichkeit wegfallen kann, und daß der Gläubiger ein Interesse hat, durch den Abschluß des Vertrages ein Garantieversprechen von dem Schuldner zu erhalten".

Es wird aber dem Gläubiger ein Anspruch versagt werden müssen, wenn er selbst das anfängliche Unvermögen des Schuldners kennt und es unterläßt, den nichtsahnenden und nichtsahnenkönnenden Schuldner darauf aufmerksam zu machen. In allen anderen Fällen bleibt der Anspruch des Gläubigers bestehen.[19]) Event. wird aber ein Unterschied gemacht werden können, welchen Anspruch der Gläubiger geltend machen kann. Er wird hier nach Treu und Glauben verpflichtet sein können, die Bemühungen des Schuldners um die Bewirkung der Leistung

---

[16]) Endemann S. 695 Anm. 21 b.

[17]) Dernburg § 61 S. 155.

[18]) Planck zu § 306, 4 auf S. 119.

[19]) So Oertmann zu § 306, 1 b: Auch das Wissen und Wissen müssen des Gläubigers ist insoweit ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrages, als nach Wortlaut oder Sinn des Vertrages der Schuldner sich bemühen soll, die Leistung möglich zu machen.

länger mitansehen zu müssen als in dem Falle, wo er von dem Unvermögen des Schuldners erst nach Vertragsschluß erfuhr. Beruht das vorliegende Wahlschuldverhältnis auf einem einseitigen Vertrage, so kann der Gläubiger (B) entweder sogleich Schadensersatz verlangen oder gemäß § 283 BGB. dem auf Leistung verklagten Schuldner A eine Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf derselben die Erfüllung ablehne. Alsdann hat er ebenfalls einen Schadensersatzanspruch.

Beruht das Wahlschuldverhältnis auf einem gegenseitigen Vertrage, so sind noch ein paar Worte darüber zu sagen, wie es mit der Gegenleistung wird.

Fordert B Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so besteht Streit darüber,[20]) ob B die von ihm geschuldete Gegenleistung zu bewirken verpflichtet ist. Es würde aber zu weit führen, diesen Streit hier im einzelnen zu beleuchten. Nach der strengen Differenztheorie wird B von seiner Leistung frei und kann als Schaden die Differenz zwischen seiner Leistung und seinem Interesse fordern.[21]) Nach der sogen. milden Differenztheorie[22]) kommt es darauf an, ob der Gläubiger seine Leistung schon bewirkt hat oder nicht. Im ersteren Falle bleibt die bewirkte Leistung außer acht, B muß das volle Interesse einklagen. Im zweiten Falle braucht B die Leistung nicht zu bewirken, er kann die Differenz wie bei der strengen Differenztheorie verlangen.

Nach der herrschenden Surrogationstheorie tritt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung. Die Gegenleistung muß von B bewirkt werden, dafür bekommt er den Schadensersatz. Nur wenn beide Leistungen auf Geld gehen, kann aufgerechnet werden.[23])

---

[20]) Drei Theorien: Differenztheorie, mildere Differenztheorie, Surrogationstheorie.

[21]) Anhänger: Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 611 f., Bd. 45 S. 520 f.; Oswalt in der DJZ. 1899 S. 214; Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. 1910.

[22]) Anhänger: Staub zu § 374 HGB. Bem. 25 f.; Strohal in den Verhandl. d. 27. DJT.; so auch die bei Oertmann § 325, 1 b $\alpha\beta\beta$ zit. Entscheidungen oberster Gerichte.

[23]) Anhänger: Oertmann zu § 325, 1 b β; Kisch I S. 96; Crome S. 181; Endemann S. 706; Kleineidam S. 145; Oertmann, Vorteilsausgleichung

Wenn B aber nach § 283 vorgeht, so hat er beim gegenseitigen Vertrage gemäß § 325 Abs. 2[24]) auch die Rechte aus § 325 Abs. 1 BGB.[25]) Er ist also nicht auf den Schadensersatzanspruch allein angewiesen, sondern kann statt dessen zurücktreten oder die Sachlage so ansehen, als ob die Leistung des Pferdes Ajax zufällig unmöglich geworden ist. Hat er sich für ein Recht entschieden, so kann er die anderen nicht mehr geltend machen.

Anhang.

Das teilweise Unvermögen.

Sofern der Schuldner zur Bewirkung der gewählten Leistung von vornherein nur teilweise unvermögend ist, ergeben sich daraus prinzipielle Verschiedenheiten von dem vollständigen Unvermögen nicht. Ebenso wie dort ist auch hier ein in allen Punkten gültiges Wahlschuldverhältnis zustande gekommen. Der Gläubiger kann wegen des Teils der Leistung, zu deren Bewirkung der Schuldner unvermögend ist, Schadensersatz fordern, oder aber er kann wiederum ohne Rücksicht auf das Unvermögen des Schuldners auf Leistung mit der üblichen Fristfestsetzung klagen. Wird bis zum Ablaufe der Frist die Leistung teilweise nicht bewirkt, so ist folgendes zu unterscheiden:

a) Das Wahlschuldverhältnis beruht auf einem einseitigen Vertrage.

S. 51ff.; Planck Nr. 1a; Schollmeyer zu § 325 Nr. 2; Titze S. 183; v. Tuhr in der DJZ. 1904 S. 759ff.; OLG. Braunschweig in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 74 S. 131.

[24]) § 325 Abs. 2: Das gleiche (wie im Abs. 1) gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird, oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist.

[25]) § 325 Abs. 1: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.

Gemäß § 283 Abs. 2 BGB. hat der Gläubiger auch das in § 280 Abs. 2 BGB. bestimmte Recht.[26])

Hat also danach die teilweise bewirkte Leistung noch Interesse für den Gläubiger, so kann er Ersatz nur für den nicht bewirkten Teil der Leistung verlangen.

Hat die Leistung kein Interesse mehr für ihn, so kann er unter Ablehnung der teilweisen Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Soweit er die teilweise Leistung schon empfangen hatte, muß er sie wieder zurückgewähren mit Rücksicht auf §§ 346—356 BGB.

b) Das Wahlschuldverhältnis beruht auf einem gegenseitigen Vertrage.

Hier hat der Gläubiger, wenn die Leistung kein Interesse mehr hat, gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2,[27]) Abs. 2 die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, Rücktritt vom Vertrage oder den Rechten aus § 323 BGB. Wegen der Gegenleistung sei hinsichtlich des Schadensersatzanspruches auf die Differenz- und Surrogationstheorien verwiesen. Beim Rücktritt und im Falle des § 323 fällt eine Verpflichtung zur Gegenleistung fort. Ist sie schon bewirkt, so kann sie ebenso wie die etwa teilweise bewirkte Leistung zurückgefordert werden, und zwar im Falle des Rücktritts nach den Vorschriften über das Rücktrittsrecht, im Falle des § 323 nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Hingewiesen sei hier noch darauf, daß es für das Unvermögen, vollständige wie teilweise, ohne Bedeutung ist, ob der Gegenstand der Wahlschuld eine Gattungs- oder Speziesschuld ist, da sich daraus Verschiedenheiten nicht ergeben.

---

[26]) § 280 Abs. 2 BGB.: Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 finden entsprechende Anwendung.

[27]) § 325 Abs. 1 Satz 2: Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten.

Drittes Kapitel.

Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit.

Vorbemerkungen zu §§ 12—15.

Gegenüber den im vorigen Kapitel geschilderten einzelnen Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit ist bei der Schilderung der Wirkungen der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit in diesem Kapitel — abgesehen davon, daß es sich hier um nachträgliche Unmöglichkeit handelt — die Besonderheit zu beobachten, daß hier zwischen der (objektiven) Unmöglichkeit und dem Unvermögen gemäß § 275 Abs. 2 BGB.[1]) kein Unterschied besteht. Zu beachten ist nur § 279 BGB., wonach der Schuldner, der sich zur Leistung einer Gattungsschuld verpflichtet hat und zu deren Bewirkung unvermögend wird, hierfür immer, auch ohne Verschulden, einzustehen hat, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist.

Dagegen spielt nach wie vor die Frage eine Rolle, ob die Unmöglichkeit der einen oder anderen Leistung oder beider Leistungen durch Zufall eingetreten oder ob sie vom Schuldner oder Gläubiger verschuldet ist. Von diesem Gesichtspunkt aus ist bei der Einteilung des Kapitels auszugehen.

Zu beachten ist ferner noch, daß die eintretende Unmöglichkeit als vor der Wahlerklärung eingetreten angenommen wird. Andernfalls würde sie keinen besonderen Einfluß auf das Wahlschuldverhältnis ausüben. Denn nach § 263 BGB. tritt mit Wahlerklärung Konzentration ein. Wird die nicht gewählte Leistung unmöglich, so ist das für das Schuldverhältnis ohne Bedeutung;

---

[1]) § 275 Abs. 2 BGB.: Einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

wird dagegen die gewählte Leistung unmöglich, so finden einfach die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung bei Speziesschulden Anwendung.

§ 12.

Die zufällig eintretende Unmöglichkeit der Leistung.

Wie für die anfängliche Leistungsunmöglichkeit, so gilt auch für die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit die Bestimmung des § 265 BGB., wo es heißt:

> „Wird eine der Leistungen später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat".

Wird also in unserem Beispiel die Lieferung des Pferdes Ajax nachträglich durch Zufall unmöglich,[1]) so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die Lieferung der Stute Bellona. Der Schuldner muß die Stute Bellona leisten und erhält dafür, wenn das Schuldverhältnis aus einem gegenseitigen Vertrage entstanden ist, die Gegenleistung. Es ist nicht möglich, daß der Schuldner dem Gläubiger, sofern ersterer an sich wahlberechtigt war, den für den Untergang des Pferdes Ajax etwa erlangten Ersatz[2]) als Leistung aufdrängt. Nach dem klaren Wortlaut des § 265 ist Konzentration eingetreten.[3])

Hat dagegen der Gläubiger die Wahl, so wollen einige Schriftsteller den Fall nicht ebenso entscheiden. Sie wollen dem Gläubiger gestatten, sich auch für die unmöglich gewordene Leistung zu entscheiden, wenn er die daraus resultierenden Konsequenzen

---

[1]) z. B. es wird durch einen Blitzstrahl nach Abschluß des Vertrages, aber vor Ausübung der Wahl getötet.

[2]) Etwa eine Versicherungssumme.

[3]) Dies ist in der Literatur allgemein anerkannt: Oertmann zu § 265 Nr. 3; Enneccerus S. 51; Pescatore S. 240; Litten S. 199 f.; Kisch I S. 225; Titze S. 199 u. 207; Crome S. 97; Matthiaß S. 180; Schollmeyer zu § 265 Nr. 3; Meisner zu § 265 Nr. 1; Windscheid-Kipp S. 38.

auf sich zu nehmen bereit ist.[4]) Darüber heißt es bei Pescatore[5]) zur Begründung:

„Wer an eine mit Naturnotwendigkeit eintretende Konzentration der sogen. Wahlschuld glaubt, wird diese Frage allerdings ohne weiteres verneinen. Aber liegt der Fall der Schuldner- und Gläubigerwahl nicht wesentlich verschieden? Der Schuldner ist verpflichtet zu leisten, der Gläubiger ist berechtigt zu fordern. Der Schuldner wählt unter Leistungen, die er zu bewirken hat, der Gläubiger unter Ansprüchen, deren Geltendmachung bezw. Nichtgeltendmachung von seinem Belieben abhängt. Aber wenn der Gläubiger die Gegenleistung für die unmöglich gewordene Leistung zu entrichten bereit ist, warum will man ihm dann die Berufung darauf versagen, daß dasselbe Resultat, welches durch die Abnahme der Sachen von seiner Seite herbeigeführt worden wäre, schon durch die zufällige Vernichtung der Sache erreicht sei?"

M. E. ist die von Pescatore geforderte Modifikation der Konzentration im Falle der Gläubigerwahl unnötig und willkürlich. Auch ohne die von Pescatore angeregte Entscheidung kommt man zu demselben Resultat. Denn § 265 BGB. ist dispositives Recht. Er kann nicht nur bei Vertragsabschluß durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden, sondern dieses kann auch noch jederzeit nachher geschehen. Es bleibt den Parteien also unbenommen, sich so, wie Pescatore meint, zu verständigen. Andererseits kann in den ganzen Verhandlungen der Parteien event. ein anderer Wille, als § 265 BGB. vermutet, gefunden werden. Dieses aber zur Regel zu machen und dem Gläubiger die Wahl zwischen der möglichen und unmöglichen Leistung, event. dem dafür erlangten Ersatz einzuräumen, widerspricht den bei Abschluß des Vertrages vorhanden gewesenen Parteiabsichten. Der Vertrag ging auf zwei Leistungsgegenstände, nicht auf einen Leistungsgegenstand und einen Ersatzanspruch. Kann mit Hilfe der §§ 133, 157 BGB., die von der Auslegung der Willens-

---

[4]) Also insbesondere die etwa vereinbarte Gegenleistung zu entrichten bereit ist.
[5]) S. 241/42.

erklärungen handeln, kein anderer dem § 265 entgegenstehender Parteiwille ermittelt werden, so muß der Wille des Gesetzgebers vollstreckt werden.

> „Es kann eine gewaltsam einschränkende Auslegung des § 265 Satz 1 BGB. nicht zugelassen werden. Es ist vielmehr Pflicht des Richters, dem Gesetzesbefehl zu gehorchen. Der Richter ist nicht Gesetzgeber, sondern Vollstrecker des Willens des Gesetzgebers." [6] [7]

Die Konzentration bei der Gläubigerwahl nicht eintreten zu lassen, ist demnach de lege lata unmöglich.[8]

Ist sowohl die Lieferung des Pferdes Ajax als auch die Lieferung der Stute Bellona zufällig unmöglich geworden, so ist folgendes zu beachten.

Ist die Unmöglichkeit dieser beiden Leistungen gleichzeitig [9] eingetreten, so wird der Schuldner gemäß § 275 Abs. 1 [10] BGB. vollständig liberiert, denn von einer Beschränkung auf die andere

---

[6] Litten S. 203.

[7] Der Meinung Pescatores hat sich Hellmann, Krit. VSchr. Bd. 44 S. 64 angeschlossen. Er will im Widerspruch mit der klar zutage liegenden Parteiabsicht die Ersatzleistung nachträglich als wahlweise vereinbarten Vertragsgegenstand gelten lassen; Enneccerus (S. 51) läßt zwar Konzentration eintreten, gibt aber dem Gläubiger aus nicht ersichtlichen Gründen eine facultas alternativa zwischen möglicher Leistung und Ersatzleistung; anscheinend auch Crome S. 97.

[8] Für die im Text vertretene Meinung: Titze S. 207; Litten S. 199f.; Kisch I S. 225; Schollmeyer zu § 265 II, 1; Windscheid-Kipp S. 38, 8a. Meisner zu § 265 Nr. 1; Matthiaß S. 180 D 2. Im gemeinen Recht und im sächs. BGB. § 1012 trat ebenfalls Konzentration ein. Vgl. l. 16 pr. D. de verb. obl. 45, 1: Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te. l. 72 § 4 D. de sol. 46, 3. l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3: Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit. Das französische Recht ließ ebenfalls Konzentration eintreten: code civil art. 1194: Lorsque, dans les cas prévus par l' article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier: – Ou l'une des choses seulement, est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; . . .

[9] Bei einem Brand sind beide Tiere umgekommen.

[10] § 275 Abs. 1 BGB.: Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Leistung kann keine Rede sein, da auch sie ja in demselben Augenblick untergegangen ist.

War das Wahlschuldverhältnis aus einem gegenseitigen Vertrag entstanden, so verliert der Schuldner gemäß § 323 Abs. 1 BGB.[11]) den Anspruch auf die Gegenleistung. Hatte er sie schon bewirkt, so kann er sie gemäß § 323 Abs. 3 BGB.[12]) wieder herausverlangen.

Hierbei kommt nichts darauf an, ob dem Gläubiger oder dem Schuldner das Wahlrecht zustand.[13]) Indessen kann der Schuldner für die unmöglich gewordenen Leistungen einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt haben. Es fragt sich, ob dieser jetzt bewirkt werden muß.

Ist dieser Ersatz für beide Leistungen erlangt, so ist auf jeden Fall eine Ersatzleistung zu bewirken. Welche bewirkt werden soll, bestimmt der Wahlberechtigte.

Ist der Ersatz nur für eine der Leistungen erlangt, so gilt folgendes.

Hat der Schuldner das Wahlrecht, so kann er die andere Leistung, die ohne Ersatz zu bringen untergegangen ist, wählen und ist dann zu nichts verpflichtet.

Hat der Gläubiger die Wahl, so kann er die Leistung, für die der Schuldner einen Ersatz erlangt hat, wählen. Dann muß der Schuldner diesen gemäß § 281 BGB.[14]) leisten. Bei gegenseitigen Verträgen ist darauf zu achten, daß der Schuldner, der eine erlangte Ersatzleistung bewirken muß, auch die Gegenleistung

---

[11]) § 323 Abs. 1 BGB.: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung.

[12]) § 323 Abs. 3 BGB.: Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

[13]) So Litten S. 211 I, 1 aα, bα; Titze S. 204a, 210b; Kisch I S. 227; Meisner § 265 Nr. 3; Matthiaß S. 180 D 2.

[14]) § 281 Abs. 1 BGB.: Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

— diese event. gemindert bei minderwertigem Ersatz — zu fordern[15]) berechtigt ist. Wählt der Gläubiger die Leistung, die, ohne Ersatz zu bringen untergegangen ist, so braucht er zwar nichts zu leisten, bekommt aber auch seine Gegenleistung nicht.[16])

Werden dagegen die Leistungen von Ajax und Bellona nacheinander unmöglich, so ist zu beachten, daß das Schuldverhältnis sich gemäß § 265 Satz 1 BGB. auf die Lieferung der Stute Bellona konzentriert hat. Wenn nun auch diese Lieferung durch Zufall unmöglich wird, dann wird der Schuldner gemäß § 275 Abs. 1 BGB. frei, bezw. verliert er seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Ob und wofür eine etwa erlangte Ersatzleistung zu bewirken ist, ist nach der zuletzt unmöglich gewordenen Leistung zu beurteilen.

Auf das Wahlrecht kommt nichts mehr an.[17])

§ 13.

Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit.

Wird eine der geschuldeten Leistungen nachträglich unmöglich, so tritt gemäß § 265 Satz 1 BGB. eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die andere Leistung ein. Hiervon ist durch Satz 2 des § 265 eine Ausnahme dahin gemacht worden, daß diese Beschränkung nicht eintreten soll, wenn der nicht wahlberechtigte Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Ist also nur eine der Leistungen unmöglich geworden, und hat der wahlberechtigte Schuldner dieses verschuldet, so bleibt es bei der Bestimmung des § 265 Satz 1 BGB. Es tritt eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die andere Leistung ein.[1])

---

[15]) § 323 Abs. 2 BGB.

[16]) Kisch I S. 227; Titze S. 204a, 210b.

[17]) So Litten S. 211 I, 1 aβ, bβ; Kisch I S. 227. Abweichend Titze S. 203 Nr. 2, 210 a, c auf Grund seiner verschiedenen Auffassung von § 265 BGB. Nach ihm war die Lieferung des Ajax nur ex electione ausgeschieden, nicht ex obligatione. Nach Unmöglichwerden der Bellona ist das Wahlrecht wieder unbeschränkt frei geworden. Es kann auch Lieferung des Ajax gewählt werden. Danach könnte das Wahlrecht wieder praktisch werden bei der Frage nach der Leistung des stellvertretenden commodums. Hierfür jedoch wie für die Auffassung des § 265 im Sinne Titzes fehlt es an Anhaltspunkten.

Dies will Kisch[2]) nicht anerkennen. Nach ihm soll die Konzentration nur im Zweifel eintreten. Denn dem Schuldner werde vielfach daran liegen, den unberührt gebliebenen Gegenstand zu behalten, während auch jetzt noch der Gläubiger kein Interesse an dessen Empfang vielleicht habe. Hier werde dem wahlberechtigten Schuldner trotz der Vorschrift des § 265 BGB. die Befugnis zuerkannt werden dürfen, die unmöglich gewordene Leistung als die ursprünglich geschuldete zu bestimmen. Diese Behandlung werde namentlich dann eingreifen können, wenn das Ereignis, welches für die Wahl des Schuldners bestimmend sein sollte, erst eintrete, nachdem die eine Leistung unmöglich geworden sei. Entscheide er sich nun für die letztere, so ständen dem Gläubiger mit Rücksicht auf diese die Befugnisse des § 325 BGB. zu. Er habe je nach der getroffenen Wahl die Gegenleistung entweder ganz oder unter Herabminderung oder überhaupt nicht zu bewirken.

Dieser Meinung kann ich mich nicht anschließen. Was zunächst das „besondere Interesse" des Schuldners anbetrifft, so muß dieses so lange ohne Bedeutung bleiben, als es sich eben nur als persönliches Interesse des Schuldners darstellt und nicht Vertragsinhalt geworden ist. Wenn dem Schuldner daran liegt, auf jeden Fall einen Leistungsgegenstand zu behalten, so muß er dieses zum Ausdruck bringen, wenn nicht eben die Umstände dieses Interesse ergeben. Dann ist aber § 265 als durch Parteivereinbarung ausgeschlossen zu betrachten. Wenn ein Leistungsgegenstand in dem Falle durch Schuld des Schuldners unmöglich wird, entfällt das ganze Schuldverhältnis als solches, der Gläubiger hat nun noch nur Ansprüche wegen schuldhafter Nichterfüllung gegen den Schuldner. Ferner hat der Gläubiger entgegen Kisch' Meinung mehr Interesse am Leistungsgegenstand selbst als an einem Schadensersatzanspruch. Andernfalls brauchte er ja keinen Vertrag über den Gegenstand abzuschließen, der sich für ihn nur als Spielerei darstellen würde. Auch ist es ganz undenkbar, daß

[1]) So auch code civil Art. 1193 Satz 1: L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur.

[2]) Kisch I S. 231.

sich ein Gläubiger auf einen Vertragsschluß von vornherein in der Hoffnung einlassen sollte, daß er für den vertragsmäßig vereinbarten Leistungsgegenstand einen Schadensersatzanspruch erhält. Überhaupt dürfen die Parteiinteressen nicht im einzelnen so zerpflückt und in dieser Weise betrachtet werden. Vielmehr ist der Vertrag als Ganzes auszulegen und so zu prüfen, was Absicht der Parteien war. Ergibt sich dann, daß die Parteien dem Schuldner auf jeden Fall einen Leistungsgegenstand erhalten wollten, so greift § 265 überhaupt nicht Platz, sondern der Vertrag entfällt, sobald ein Leistungsgegenstand untergegangen ist. Um dem Schuldner in solchem Fall einen Leistungsgegenstand zu erhalten, bedarf es einer so gekünstelten Interpretation wie der von Kisch nicht. Titze sagt mit Recht[3]):

> „Im Falle anderweiter stillschweigender Parteivereinbarung würde der Gläubiger, vorausgesetzt, daß sich die Parteivereinbarungen auf die Fälle des Verschuldens mitbezogen, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung haben".

Das von Kisch für die Richtigkeit seiner Theorie angeführte Beispiel[4]) kann mich nicht nur nicht von der Richtigkeit seiner Ansicht überzeugen, sondern ich halte es in dem von Kisch angewandten Sinne direkt für falsch. Das Beispiel ist folgendes: X verkauft zwei Pferde zuerst an A nach dessen Wahl, sodann an B unter Vorbehalt der eigenen Wahl. Seine Absicht geht dahin, dem B das von A nicht gewählte Pferd zu liefern. Nunmehr geht das eine durch Schuld des X zugrunde. Der nach § 265 BGB. noch wahlberechtigte A beansprucht das andere. Hier ist anzunehmen, daß X trotz des § 265 BGB. dem B gegenüber nicht zur Leistung des heilgebliebenen Pferdes verpflichtet wird, sondern, entsprechend seinem bisherigen Wahlrecht, sich auch jetzt noch für das untergegangene entscheiden kann. Offenbar hat X seine wahre Absicht, dem A das von diesem gewählte Pferd und dem B das andere zu liefern, für sich behalten. Nachdem nun diese Voraussetzung fehlgeschlagen ist, kann sie doch nicht jetzt

---

[3]) Titze S. 200 b.
[4]) Kisch I S. 231 Anm. 12.

plötzlich wesentlicher Vertragsinhalt werden. Sie bleibt nach wie vor eine gewissermaßen persönliche Voraussetzung des X. Als solche geht sie den B aber gar nichts an, sie hat nichts zu tun mit dem Vertrage zwischen X und B.[5]) Vielmehr muß X an A Schadensersatz wegen des schuldhaft vernichteten Pferdes leisten und die Lieferung des heil gebliebenen Pferdes an B bewirken.[6]) Es bleibt bei dem Grundsatz, daß Konzentration eingetreten ist.[7]) Hat der Schuldner, der eine der beiden Leistungen schuldhaft unmöglich gemacht hat, das Wahlrecht dagegen nicht, so ist nunmehr § 265 Satz 2 BGB. anzuwenden, wonach die Konzentration auf die andere Leistung nicht eintritt. Der Gläubiger behält sein Wahlrecht und kann sich sowohl für die unmöglich gewordene Leistung als auch für die möglich gebliebene entscheiden. Im ersteren Falle hat er gegen den Schuldner bei einem einseitigen Vertrage gemäß § 280 BGB. einen Schadensersatzanspruch. Verlangt der Gläubiger den dem Schuldner etwa erwachsenen Ersatzanspruch,[8]) so ist dieser von dem Betrag des Schadens gemäß § 281 Abs. 2 BGB.[9]) abzusetzen.

Bei einem gegenseitigen Vertrage hat der Gläubiger die Wahl zwischen den Rechten aus § 325 BGB., nämlich dem Schadens-

---

[5]) vgl. auch Pescatore S. 243 Anm. 12.

[6]) Wenn man nämlich Kisch' Beispiel so versteht, daß A das untergegangene Pferd wählt. Andernfalls muß er auch an A das gesunde Pferd leisten. Wer von den beiden das Pferd nicht bekommt, kann von X Schadensersatz verlangen. Das vernichtete Pferd aber kann X nicht dem B gegenüber wählen.

[7]) Dafür auch die übrigen, nämlich: Oertmann § 265, 4aα; Enneccerus S. 51; Pescatore S. 242 II; Litten S. 203; Titze S. 200b; Crome S. 97 bα; Schollmeyer zu § 265 II, 1c; Matthiaß S. 181; Kipp zu Windscheid S. 38 Nr. 8aß. — Die Lösung ist ein durchaus gerechtes Resultat, da der Schuldner die beschränkte Leistungsmöglichkeit selbst verschuldet hat.

[8]) z. B. durch größeres Mitverschulden eines Dritten. Auch ein Versicherungsanspruch wird in der Regel nicht ausgeschlossen sein, wenn dem Schuldner etwa nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, da meistens die Versicherungsgesellschaften die Fälle des Verschuldens, wodurch die Ersatzpflicht ausgeschlossen wird, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gestellt haben.

[9]) § 281 BGB.: Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

ersatzanspruch[10]) oder dem Rücktritt. Er kann aber auch erklären, daß das Schuldverhältnis so angesehen werden solle, daß es als durch die Unmöglichkeit der Leistung erloschen gelten soll, ohne daß einer Partei ein Vorwurf daraus zu machen sei.[11])

> Diese Regelung befriedigt, denn „die ratio legis geht hier mit Recht dahin, daß dem Wahlberechtigten sein Wahlrecht durch Schuld des anderen Teils nicht solle verkümmert werden".[12])

Auch in der Literatur ist dieser Fall allgemein so entschieden.[13])

Im zweiten Fall liegt einfach ein Schuldverhältnis, gerichtet auf eine mögliche Leistung, vor. Der Schuldner muß die Leistung bewirken, der Gläubiger muß sie abnehmen und — bei einem gegenseitigen Vertrage — die Gegenleistung bewirken.

Wenn aber nicht nur die eine der Leistungen, sondern alle beide unmöglich werden, so ergibt sich folgende Entscheidung.

Werden die Leistungen gleichzeitig unmöglich und hat der Schuldner das Wahlrecht, so fragt es sich, welche der Leistungen der Schuldner schuldhaft vernichtet hat. Hat er beide vernichtet, so ist er ohne Zweifel dafür verantwortlich zu machen. Entsprechend seinem bisherigen Wahlrecht muß man ihm auch gestatten, die Leistung zu bestimmen, die bei der Beurteilung des Schadens zugrunde gelegt werden soll.[14])

Hat er dagegen nur eine der Leistungen schuldhaft vernichtet, so soll er nach einigen Schriftstellern[15]) gleichfalls haften. Mit Recht, denn kraft des als solchen voll bindenden Wahlschuldverhältnisses ist der Schuldner zur Leistung verpflichtet. Er wird

---

[10]) Verlangt der Gläubiger ein stellvertretendes commodum, so ist dieses vom Betrag des Schadens abzusetzen.

[11]) § 325 Abs. 1 mit § 323 BGB.

[12]) Litten S. 206.

[13]) So von Oertmann zu § 265, 4 b α; Enneccerus S. 51; Pescatore S. 244 B 1; Litten S. 206; Titze S. 207 II, 1 b; Crome S. 98; Schollmeyer zu § 265 II, 1 d; Kipp zu Windscheid S. 38; Matthiaß S. 180; Kisch I S. 232.

[14]) Insoweit übereinstimmend mit der im Text vertretenen Meinung Titze S. 204 b; Litten S. 202; dafür Kisch I S. 233.

[15]) Titze a. a. O.; Litten a. a. O.; Kisch a. a. O.

nur noch genauer bestimmen, welche Leistung er vollziehen will. Ist nun eine Leistung durch Zufall, die andere durch sein, des Schuldners, Verschulden zugrunde gegangen, so ist er dafür verantwortlich zu machen, daß der Gläubiger aus dem Vertrage überhaupt nichts bekommt. Von der Bewirkung der zufällig unmöglich gewordenen Leistung wird der Schuldner zwar frei, aber nicht von der von ihm schuldhaft vernichteten. Daran ändert sein Wahlrecht nichts. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er die zufällig unmöglich gewordene Leistung gewählt hätte. Denn kraft des Schuldverhältnisses haftet er dem Gläubiger dafür, daß dieser wenigstens etwas bekommt. Deshalb muß der Schuldner Schadensersatz leisten. Hinsichtlich der Höhe des Schadens kann die zufällig unmöglich gewordene Leistung als Maßstab aber nicht dienen, denn als zufällig unmöglich gewordene Leistung scheidet sie aus. Deshalb kann ich auch Titze[16]) nicht beipflichten, der dem Schuldner auch jetzt noch ein freies Wahlrecht in der Hinsicht einräumen will, daß dieser die der Berechnung zugrunde zu legende Leistung bestimmen könne. Schon dem Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Schadensersatzansprüche nur auf Grund schuldhaften Verhaltens zu gewähren,[17]) folgend, komme ich dazu, die Leistung als die maßgebende anzuerkennen, hinsichtlich derer das Verschulden vorliegt. Sodann ist aber für mich die Tatsache bestimmend, daß ja nur die eine Leistung in diesem Sinne gleichsam in obligatione bleibt. Sind mehrere in obligatione, bestimmt natürlich der Wahlberechtigte, welche Leistung zugrunde gelegt werden soll.

Unverständlich und jedenfalls nicht zu billigen ist die Ansicht Littens,[18]) wonach diejenige Leistung zugrunde zu legen ist, die die minder kostbare der untergegangenen Leistungen gewesen ist.

---

[16]) Titze S. 204 b.

[17]) Die Ausnahmen, daß der Schuldner unter Umständen für Zufall zu haften hat, stehen nicht entgegen. Beim Schuldnerverzug liegt das Verschulden schon in dem Umstande, daß der Schuldner überhaupt in Verzug gekommen ist; bei den Eisenbahnen usw. ist eine solche Haftung im Interesse der Verkehrssicherheit erforderlich und als positive Ausnahme zu bezeichnen. Die Haftung für zufälligen Untergang der durch unerlaubte Handlung erlangten Sache beruht auf dem in der unerlaubten Handlung liegenden Verschulden usw. . . .

[18]) Litten S. 212. Für die im Text vertretene Auffassung Kisch I S. 233.

Warum dem Schuldner gegenüber solche Milde üben? Sein Verschulden hinsichtlich des Vertrages ist um nichts geringer zu veranschlagen, als wenn er beide Leistungen schuldhaft vernichtet hätte.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so will Kisch[19]) zu demselben Resultat kommen. Das scheint mir aber irrig zu sein, da nun doch § 265 Satz 2 BGB. zu berücksichtigen ist.

Hat der Schuldner beide Leistungen schuldhaft vernichtet, so hat der Gläubiger ohne Zweifel ebenso wie vorhin die Wahl, für welche der Leistungen er Ersatz zu haben wünscht. Das steht wohl unbestritten fest.[20])

Wenn nun der Schuldner nur eine der Leistungen schuldhaft vernichtet hat und die andere durch Zufall untergegangen ist, so will Titze dem Gläubiger auch hier noch freies Wahlrecht gewähren. Trotzdem nach § 265 BGB. Satz 2 die Konzentration nicht eintreten soll, wenn der nichtwahlberechtigte Teil die Unmöglichkeit verschuldet hat, ist Titzes Ansicht nicht zu billigen. Allerdings muß dann der Gläubiger auch die zufällig unmöglich gewordene Leistung wählen können. Tut er dies, so muß der Schuldner frei sein, da es sich um eine zufällige Unmöglichkeit handelt. Nicht aber kann er sie wählen, um sie der Berechnung des Schadens zugrunde zu legen. Dadurch daß er die zufällig unmöglich gewordene Leistung wählt, scheidet die andere ex tunc ganz aus, mithin bleibt das Verschulden des Schuldners ohne Bedeutung. Also eine Wahl zwischen den Leistungen, die der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden sollen, ist nach dem eben Gesagten nicht möglich. Andererseits ist Kisch de lege lata nicht beizupflichten, daß die Ansprüche des Gläubigers sich nur nach der Leistung richten sollen, die der Schuldner schuldhaft vernichtet hat. Denn man muß berücksichtigen, daß die Konzentration in diesem Falle durch § 265 Satz 2 BGB. verboten ist. Der Gläubiger muß also gemäß § 265 Abs. 2 BGB. eine von beiden Leistungen wählen können. Konzediert man ihm dieses, so muß auch streng die Folgerung gezogen werden.

Praktisch wird diese Auffassung wohl nicht von der Meinung

---

[19]) Kisch I S. 233.

[20]) Titze S. 210b; Litten S. 213; auch Kisch I S. 233.

Kisch's abweichen, denn will der Gläubiger vom Vertrage frei sein, so kann er dieses Resultat auch nach Kisch's Theorie erzielen, indem er nach § 325 BGB. die Rechte aus § 323 geltend macht. Theoretisch aber ist die oben ausgeführte Ansicht die richtigere. Der Unterschied, daß bei der Gläubigerwahl der Schuldner frei werden kann, während dieses bei der Schuldnerwahl regelmäßig nicht der Fall ist, rechtfertigt sich durch die verschiedenen Interessen des Schuldners und Gläubigers. Würde man die eben besprochene Möglichkeit auch dem Schuldner zubilligen, wenn er das Wahlrecht hat, so würden die Interessen des Gläubigers stark beeinträchtigt, da der Schuldner dann in Wirklichkeit nicht dafür einzustehen hätte, daß der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis etwas bekommt. Der Schuldner könnte ja immer die zufällig unmöglich gewordene Leistung wählen. Im wesentlichen, jedenfalls im Resultat, stimmt Litten[21]) mit der im Text verfochtenen Auffassung überein.

Wie ist die Sachlage zu beurteilen, wenn die beiden Leistungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander unmöglich geworden sind?

Ist die erste Leistung durch Zufall oder durch Schuld des Schuldners unmöglich geworden, so ist Konzentration eingetreten, wenn im letzteren Falle der Schuldner das Wahlrecht hat. Wird jetzt die zweite Leistung ebenfalls durch Verschulden des Schuldners unmöglich, so hat der Gläubiger gemäß § 280 event. § 325 BGB. Ansprüche gegen den Schuldner wegen dieser zweiten Leistung.[22])

Wenn die zweite Leistung aber durch Zufall unmöglich wird, so wird der Schuldner von dieser zweiten Leistung gemäß §§ 275 Abs. 1, 323 BGB. frei. Soll er nun ganz frei sein oder soll er wegen der ersten, von ihm schuldhaft vernichteten Leistung haften? Darüber streitet man sich in der Literatur. Teils sprechen sich die Schriftsteller für eine Inanspruchnahme des Schuldners aus,[23])

---

[21]) Litten S. 213.

[22]) Abw. Titze, der dem Schuldner das Wahlrecht einräumt, welche Leistung zugrunde gelegt werden soll. Dagegen spricht hier schon der Umstand, daß mit dem Unmöglichwerden die erste Leistung aus dem Schuldverhältnis ausgeschieden ist.

[23]) Oertmann, Pescatore, Titze, Crome, Schollmeyer, Kleineidam, Enneccerus, Kipp zu Windscheid, Pistory, Langheineken.

teils gegen eine solche.[24]) Zu den letzteren gehört Kisch, der seine Ansicht folgendermaßen begründet[25]):

„Geht der zweite Leistungsgegenstand zufällig unter, so ist damit das Schuldverhältnis in der Regel gemäß § 323 Abs. 1 BGB. aufgehoben. Nur wenn der Gläubiger einen etwaigen Ersatzanspruch beansprucht, bleibt er zu der — unter Umständen herabzusetzenden — Gegenleistung verpflichtet. Dagegen steht ihm nicht der Schadensersatzanspruch oder der Rücktritt mit Rücksicht auf die zuerst unmöglich gewordene Leistung zu. Gegen die herrschende Meinung sprechen gewichtige Bedenken. Zunächst die ausdrückliche, unzweideutige Bestimmung des § 265 selbst. Mit der von dem wahlberechtigten Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die andere. Es haben daher die Grundsätze von dem einfachen Forderungsrecht nunmehr Anwendung zu finden. Dazu kommt, daß dem Leistungspflichtigen hier eine schuldhafte Schädigung des Gläubigers eigentlich nicht zur Last gelegt werden kann. Solange er nämlich nicht alle Wahlobjekte vernichtet, hat er das Recht seines Vertragsgegners nicht verletzt, der ja in letzter Linie immer nur einen von den mehreren Vertragsgegenständen verlangen kann. Der Umstand, der dem Gläubiger auch die letzte Leistung entzieht, ist deren zufällige Unmöglichkeit, nicht das Verhalten des Schuldners. Dieser kann dem Gegner, der etwa für eine der anderen Leistungen Entschädigung beanspruchen wollte, jederzeit entgegenhalten: ‚Ich würde dieselbe nicht gewählt haben'.

Weiter: dem Gläubiger den Rückgriff auf das zuerst vernichtete Schuldobjekt gestatten, hieße ihm rückwirkend ein Wahlrecht einräumen, das ihm niemals zukam und das mit den Interessen des wahlberechtigten Schuldners nicht vereinbar wäre. Namentlich hat es auch keinen Sinn, was die gegnerische Auffassung tun muß, einen

---

[24]) Kisch, Landsberg, Chamizer.
[25]) Kisch I S. 234.

Ersatz gemäß § 281 zuzubilligen. Denn der Schuldner hat ja mit der Beschränkung des Schuldverhältnisses auf das damals noch übrigbleibende Wahlobjekt die beliebige Disposition über jenen Ersatz erlangt. Die bekämpfte Ansicht aber müßte dazu führen, ihm jene Verfügung mit Rücksicht darauf zu entziehen, daß die übriggebliebene Leistung durch irgendeinen Zufall unmöglich werden könne.

Welche Leistung soll ferner bei Berechnung des Interesses zugrunde gelegt werden? Gegen die zweite Leistung spricht, daß die Unmöglichkeit eine zufällige war. Für die erste Leistung liegen keine Anhaltspunkte vor. Der Schaden des Gläubigers bestände höchstens darin, daß ihm die Alternative zwischen den mehreren Leistungen entzogen wird".

Kischs erster Grund, daß der § 265 BGB. selbst gegen die Annahme einer Haftung des Schuldners spreche, ist nicht durchschlagend. Zuzugeben ist ihm allerdings, daß sich das Schuldverhältnis selbst durch die vom wahlberechtigten Schuldner verschuldete Unmöglichkeit der einen Leistung auf die andere Leistung beschränkt. Allein Schollmeyer[26]) hat schon mit Recht darauf hingewiesen, daß diese Beschränkung ohne Rückziehung, im Gegensatze zu der Konzentration durch Wahlerklärung, eintritt. Daraus folgt, daß bis zu dem Unmöglichwerden die unmöglich gewordene Leistung geschuldet ist, und daß dieses auch nachher so bleibt. Durch das Unmöglichwerden wird die Verbindlichkeit nicht ex tunc aufgehoben,[27]) sondern sie scheidet es nunc aus. Es entsteht nunmehr eine neue Verbindlichkeit, nämlich die andere Leistung zu bewirken, und zwar als Fortsetzung der ursprünglichen. Wenn nun diese durch Zufall untergeht, so ist allerdings klar, daß der Schuldner dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann. Aber daß der Gläubiger nun gar keine Leistung bekommt, liegt am Verschulden des Schuldners, und insofern ist dem Schuldner entgegen Kisch sehr wohl eine schuldhafte Schädigung des Gläubigers zur Last zu legen. Diese kann nur dann geleugnet werden, wenn man

---

[26]) Schollmeyer zu § 265 I, 3.

[27]) Wie die nicht gewählte Leistung durch Wahlerklärung ex tunc ausscheidet.

die unmögliche Leistung mit ihrem durch Schuld des Schuldners herbeigeführten Unmöglichwerden mit rückwirkender Kraft aus dem Schuldverhältnis ausscheiden läßt. Das ist aber nach dem eben Gesagten nicht anzunehmen. Dazu kommt noch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sich mit sich selbst in Widerspruch setzen würde, indem es Zufall und Verschulden gleichstellen würde. Jeder wahlberechtigte Schuldner könnte dann ein Wahlschuldverhältnis durch positives kontraktwidriges Verhalten auf ein einfaches konzentrieren und würde, sofern die letzte Leistungsmöglichkeit durch Zufall unmöglich wird, von jeder Leistung frei sein. Auch aus unerlaubter Handlung ist er nach Kischs Meinung nicht verantwortlich zu machen, denn da er die schuldhaft vernichteten Leistungen nach der Gegenmeinung niemals geschuldet hat, geht die Vernichtung derselben den Gläubigern auch nichts an. Ein solches Resultat verstößt aber gegen Treu und Glauben, und es entspricht nur dem ganzen heutigen Rechtssystem, wenn man die Leistung als bis zu ihrem durch den Schuldner verschuldeten Unmöglichwerden geschuldet (vor und nachher) betrachtet. Dann kann der Schuldner immer noch wegen seines Verschuldens haftbar gemacht werden, wie gleich gezeigt werden soll. Vorerst aber gilt es noch, die beiden anderen Gründe Kischs zu widerlegen.

Dadurch daß dem Gläubiger event. gegen den Schuldner ein Anspruch wegen der von dem Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der ersten Leistung gegeben wird, wird dem Gläubiger nicht rückwirkend ein Wahlrecht eingeräumt. Der Gläubiger hat nicht zu wählen, sondern zu sorgen, daß er aus dem Vertrag befriedigt wird. Will er keine Befriedigung, so mag er verzichten, will er diese, so kann er nur noch gegen den Schuldner wegen dessen Verschulden vorgehen. Zwischen diesen beiden Möglichkeiten kann er zwar wählen, das ist aber doch ein anderes Wahlrecht als das im § 265 aufgestellte. Es ist doch etwas anderes, wenn ich zu wählen habe, ob ich meinen Anspruch geltend machen will oder nicht, als wenn ich zwischen zwei mir geschuldeten Leistungen zu wählen habe.

Und schließlich die Frage: welche Leistung bei Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist, bietet auch keine Schwierigkeiten. Ich komme auf das oben Gesagte zurück, daß der Gläu-

biger unter Umständen noch wegen des Verschuldens des Schuldners gegen diesen vorgehen kann. Solange die andere Leistung möglich ist und bewirkt wird, kommt das Verschulden gar nicht in Frage, da durch Bewirkung der möglichen Leistung vollständige Vertragserfüllung erbracht wird. Ist die zweite Leistung aber durch Zufall unmöglich geworden, so stellt sich heraus, daß die Vertragserfüllung einerseits durch Verschulden des Schuldners, andererseits infolge eines zufälligen Umstandes unterblieben ist. Der Zufall geht nicht zu Lasten des Schuldners. Diese Leistung muß außer Betracht bleiben, wie Kisch[28]) auch anerkannt hat. Für die Inanspruchnahme des Schuldners wegen der ersten Leistung aber soll es an jedem Anhaltspunkte fehlen? Warum? Sie war doch einmal geschuldet. Das ist auch jetzt noch nicht aufgehoben. Daß dieses Geschuldetsein plötzlich aufhörte, ist Schuld des Schuldners, wofür er aufkommen muß. Diese Leistung ist also auch zugrunde zu legen bei Berechnung des Interesses. Denn auch ohne die schuldhaft vernichtete Leistung wäre die andere Leistung zugrunde gegangen. Der Gläubiger hätte diese also niemals bekommen. Sein ganzes Interesse konzentriert sich auf die vom Schuldner vernichtete Leistung, die einmal geschuldet war und in diesem Zustand vom Schuldner zerstört ist. Daher entscheide ich mich dahin, daß diese Leistung bei der Wertberechnung zugrunde zu legen ist.[29]) [30])

Der Fall ist also mit der herrschenden Meinung so zu beurteilen, daß sich der Schuldner durch schuldhafte Vernichtung der einen Leistung bedingt schadensersatzpflichtig macht, d. h. dann haften muß, wenn er auch die andere Leistung infolge zufälliger Umstände nicht zu bewirken vermag.[31])

---

[28]) Kisch S. 234.

[29]) Für Wahlrecht des Schuldners zwischen beiden Leistungen Crome S. 97; Titze S. 204 Anm. 15.

[30]) Im französischen Recht tritt gleichfalls eine Haftung ein, aber nur hinsichtlich der zuletzt untergegangenen Sache: code civil art. 1193 Abs. 2: Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière.

[31]) So auch Oertmann zu § 265, 5aγ; Pescatore S. 243; Titze S. 204 Anm. 15; Crome S. 97; Schollmeyer zu § 265 IIc I, 3; Kleineidam S. 102/03; Enneccerus S. 51 Anm. 5; Kipp zu Windscheid S. 39β; Pistory S. 49; Langheineken S. 210; Elbecke in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 54 S. 315.

Wenn der Gläubiger in dem eben besprochenen Fall das Wahlrecht hat, so tritt durch die vom Schuldner schuldhaft vernichtete Sache keine Konzentration gemäß § 265 Satz 2 BGB. ein. Der Gläubiger hat nach wie vor das Wahlrecht. Es kommt darauf an, was der Gläubiger wählt. Hatte er sich vor der schuldhaften Vernichtung der einen Leistung seitens des Schuldners bereits für diese bindend entschieden, so haftet der Schuldner, nunmehr auf Ersatz wegen dieser Leistung nach § 280 BGB., event. nach § 325 BGB.

Hat der Gläubiger nach dem vom Schuldner herbeigeführten Unmöglichwerden der einen Leistung sich für diese entschieden, so haftet der Schuldner, hat er sich für die andere entschieden, so wird der Schuldner frei, wenn die Unmöglichkeit dieser Leistung eine zufällige war. Das Verschulden des Schuldners hinsichtlich der ersten Leistung bleibt außer Betracht.[32])

Wenn die eine der Leistungen durch Zufall und darauf die andere Leistung durch Verschulden des Schuldners unmöglich geworden ist, so haftet der Schuldner auf Ersatz wegen dieser letzten Leistung, da durch die zufällige Unmöglichkeit der ersten Leistung Konzentration eingetreten ist. Auf das Wahlrecht kommt es in diesem Fall nicht an.

§ 14.

Die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung.

Auch in dem Falle, daß der Gläubiger die eintretende Leistungsunmöglichkeit zu vertreten hat, sind drei Fälle zu unterscheiden, nämlich:

1. es wird nur eine der beiden Leistungen unmöglich;
2. es werden beide Leistungen gleichzeitig unmöglich;
3. es werden beide Leistungen nacheinander unmöglich.

Wird nur eine der beiden Leistungen durch Schuld des Gläubigers unmöglich und hat der Schuldner das Wahlrecht, so tritt gemäß § 265 BGB. die Konzentration nicht ein. Der Schuldner

---

[32]) Zust. Schollmeyer zu § 265 II, 1d; Oertmann zu § 265, 5bδ; Kisch S. 236; Kipp zu Windscheid S. 38a; Matthiaß S. 180; Crome S. 98.

behält sein Wahlrecht, die Ansprüche und Pflichten aus dem Vertrage richten sich danach, welche Leistung der Schuldner wählt.

Wählt er die mögliche Leistung, so muß er diese bewirken, event. gegen Empfang der Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen. Für die vom Gläubiger schuldhaft vernichtete Leistungssache kann er von diesem Ersatz verlangen.

Wählt der Schuldner die unmögliche Leistung, so wird er gemäß § 275 Abs. 1 BGB. frei. Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, so behält er gemäß § 324 BGB. den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich nur anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[1])

Stammler[2]) entscheidet diesen Fall anders. Er will lediglich eine Befreiung des Schuldners anerkennen, ihm also nur ein Wahlrecht bezüglich der unmöglich gewordenen Leistung zubilligen. Er meint, nach der Ausdrucksweise des § 265 Satz 2 BGB. könne man denken, daß der Schuldner jetzt nach seiner Wahl die zweite Leistung oder den Wert der ersten leisten solle. Nach § 275 verbleibe jedoch nur die im Text[3]) angegebene Möglichkeit, obgleich es merkwürdig genug sei, die schärfere Wirkung — daß das Schuldverhältnis vollständig untergehen solle — dadurch auszudrücken, daß man sage: es solle die geringere Wirkung nicht eintreten.

Stammler verkennt m. E. die Bedeutung des § 265 BGB. Dort ist nur bestimmt, daß der Wahlberechtigte durch Schuld des Nichtwahlberechtigten nicht in seinem Wahlrecht beschränkt werden soll. Das heißt: wenn er sein Wahlrecht ausübt, dann sollen gemäß § 263 Abs. 2 BGB.[4]) die vollen Wirkungen einer gültig erklärten Wahl eintreten. Mithin gilt auch die unmöglich gewordene Leistung, wenn sie vom Schuldner gewählt wird, als die

---

[1]) Dafür Oertmann zu § 265, 4 b β; Litten S. 206; Titze S. 200c; Kipp-Windscheid S. 38, 8 β; Kisch S. 228; Schollmeyer § 265 II, 1e; Crome S. 98; Enneccerus S. 51 II, 3; Pescatore S. 243.

[2]) Stammler S. 135 mit Anm. 5.

[3]) Daß der Schuldner frei werde.

[4]) § 263 Abs. 2 BGB.: Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete Leistung.

von Anfang an allein geschuldete. Im übrigen aber finden auf diese Schuld die allgemeinen Vorschriften Anwendung, d. h. der Schuldner wird von der Leistung frei, behält event. den Anspruch auf die Gegenleistung.

Wählt dagegen der Schuldner die mögliche Leistung, so gilt diese als allein geschuldet, und es ist nicht einzusehen, warum der Schuldner zu ihrer Bewirkung nicht sollte verpflichtet sein.[5]) Stammler ist daher nicht beizutreten.

Hier ist auf einen Fall hinzuweisen, in dem trotz des § 265 Satz 2 BGB. doch Konzentration eintritt. Dieses kann im Falle der Verzögerung der Wahl seitens des Schuldners geschehen. Wenn nämlich der Schuldner die Ausübung der Wahl verzögert, kann der Gläubiger gemäß § 264 Abs. 1 BGB.[6]) die Zwangsvollstreckung auf den einen oder den anderen Gegenstand richten. Damit ist aber das Wahlrecht nicht auf den Gläubiger übergegangen, sondern dieses ist nach wie vor beim Schuldner. Dieser kann die Wahl nur nicht mehr durch Erklärung ausüben, sondern durch effektive Leistung. Daraus folgt, daß wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf den Gegenstand X richtet und, während er diese betreibt, Y durch Schuld des Gläubigers untergeht, der Schuldner diesen unmöglich gewordenen Gegenstand nicht mehr wählen darf, weil er ihn effektiv nicht mehr bewirken kann. Die Konzentration ist also doch eingetreten.[7])

Litten[8]) meint freilich, daß diese Ausnahme nicht bestehe, wenn der § 264 Abs. 1 BGB. richtig aufgefaßt werde. Diese richtige Auffassung besteht nämlich nach Litten darin, daß durch Betreiben der Zwangsvollstreckung das Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen soll, und daß dem Schuldner nur noch eine facultas

[5]) Im gemeinen Rechte war es bestritten, ob nicht auch hier Konzentration einzutreten habe wegen der l. 55 D. ad leg. Aqu. 9, 2.

[6]) § 264 Abs. 1 BGB.: Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.

[7]) vgl. dazu Titze S. 201/02.

[8]) Litten S. 206 Anm. 3.

alternativa bleibt.[9]) Allein Titze,[10]) Oertmann,[11]) Crome,[12] Enneccerus,[13]) Kuhlenbeck-Staudinger,[14]) Scholl-meyer[15]) u. a.[16]) haben überzeugend nachgewiesen, daß in einem solchen Fall das Wahlrecht beim Schuldner verbleibt. Infolge-dessen bleibt es auch dabei, daß im vorgedachten Fall durch § 264 BGB. eine Ausnahme von § 265 Satz 2 BGB. geschaffen worden ist.

Wenn der Gläubiger dagegen selbst das Wahlrecht hat und die Unmöglichkeit der einen Leistung verschuldet hat, so ist die Entscheidung des Falles nicht unbestritten. Es liegt ja so, daß § 265 Satz 1 BGB. zur Anwendung kommen, d. h. Konzentration auf die andere noch mögliche Leistung eintreten muß. Das ist auch von vielen anerkannt, jedoch immer mit dem Hinweis, daß das sich ergebende Resultat eine große Härte für den Gläubiger bedeutete. Dieser kann sich nämlich nicht durch Wahl des von ihm zerstörten Gegenstandes von seiner Ersatzpflicht freimachen. Daher finden sich auch Schriftsteller, die dem Gläubiger ein solches Recht einräumen wollen.[17])

Zunächst hat man sich auch auf § 249 berufen[18]) und gesagt, daß der Gläubiger, der zur Naturalrestitution verpflichtet sei, den Zustand herstellen müsse, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestanden haben würde. Deshalb könne er das zerstörte Objekt als Erfüllung gelten lassen, da dieses dem Zustande ent-spräche. Dieser Argumentation ist jedoch nicht beizutreten, da der vor Eintritt des zum Ersatze verpflichtenden Umstandes be-

---

[9]) Dafür Stammler S. 138; Dernburg § 43 Anm. 12; Endemann § 18 Anm. 17; Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 32 Nr. 3aa; Litten S. 173f.; Goldmann-Lilienthal S. 307; Planck 3. Aufl. Nr. 2.

[10]) S. 202.

[11]) Zu § 264, 1b.

[12]) § 153 Anm. 31.

[13]) S. 50.

[14]) Zu § 264 Nr. 1.

[15]) Zu § 264 Nr. 1.

[16]) Weitere Angaben bei Pescatore S. 221 Anm. 8.

[17]) Enneccerus S. 52; Endemann S. 671 Anm. 25; Kipp zu Wind-scheid a. a. O.; Fischer-Henle zu § 265; Langheineken S. 208—210.

[18]) Kipp zu Windscheid S. 38, 8aa.

stehende Zustand nicht dadurch wiederhergestellt ist, sondern dieses nur geschehen kann, wenn für das untergegangene Objekt ein gleichwertiges angeschafft wird. Auch darf man nicht vergessen, daß das Objekt in dem Augenblick, wo es vom Gläubiger zerstört würde, noch ein Objekt des Schuldners und nicht des Gläubigers war, daß also die Wiederherstellung des Zustandes nicht durch die hinterher fingierte Erfüllung mit diesem Objekt bewirkt werden kann.[19])

Enneccerus[20]) begründet seine Ansicht damit, daß dadurch dem Schuldner ein Schaden nicht entstehen könne, denn wenn der Schuldner einen Gegenstand behalte und für den zerstörten die vereinbarte Gegenleistung bekomme, dann sei er in nichts geschädigt. Gewiß, aber die Erwägung, daß auf diese Weise ein Schaden des Schuldners nicht entsteht, kann doch nicht dazu führen, eine positive Gesetzesbestimmung umzustoßen und dem Gesetzesbefehl zuwider zu entscheiden.

Endemann[21]) meint, daß die Vorschrift des § 265 nicht zwingend sei. Das ist zuzugeben, aber dann bedarf es zu einer abändernden Regelung doch noch einer Parteivereinbarung.[22])

Es bleibt daher nichts anderes übrig, als de lege lata dahin zu entscheiden, daß nach dem klaren Wortlaut des § 265 BGB. Konzentration eintritt, und daß der Gläubiger zum Ersatze des zerstörten Objektes verpflichtet wird. Daß diese Entscheidung zu großen Unbilligkeiten und Härten führen muß und führt, liegt auf der Hand und ist von Pescatore[23]) schlagend ausgeführt worden. Z. B. ein Kunstliebhaber, der sich eine Summe Geldes für eine kostbare Vase aufgespart hat, will diese in einem Laden kaufen. Da er zwischen zwei ähnlichen noch nicht sofort zu entscheiden vermag, behält er sich das Wahlrecht bis zum anderen

---

[19]) Oertmann zu § 265, 4 aβ.

[20]) S. 52.

[21]) S. 617 Anm. 25.

[22]) So die meisten: Oertmann zu § 265, 4 aβ; Litten S. 201 f.; Matthiaß S. 181 f.; Pescatore S. 244 ff.; Crome S. 98; Schollmeyer zu § 265 IV; Cosack § 84 id; Dernburg S. 101; Planck zu § 265; Landsberg S. 324; Rehbein S. 76; Kleineidam S. 101/02; Titze S. 208; Pistory S. 47; Kisch I S. 228.

[23]) Pescatore S. 244 f.

Tag vor. Beim Verlassen des Ladens wirft er eine der Vasen hin, so daß sie in 1000 Stücke zersplittert. De lege lata muß er nun nicht nur die heil gebliebene Vase abnehmen und bezahlen, sondern auch noch für die zerbrochene Ersatz leisten. Auch hilft nicht die Erwägung, daß er ja nicht beide Vasen, sondern nur eine, event. die zerbrochene kaufen wollte, weil er nicht zwei bezahlen konnte. Man kann nicht sagen, daß durch stillschweigende anderweite Parteivereinbarung § 265 ausgeschlossen ist.

In der Kommission der zweiten Lesung[24]) hat man das Für und Wider dieser Fassung des § 265 genau beraten. Indessen ist diese Bestimmung so, wie sie heute im Gesetzbuch steht, angenommen, weil man der Meinung war, die dadurch bedingte Folge sei von „untergeordneter Bedeutung". Es dürfte sich diese Fassung in der Tat wohl kaum, ich möchte sagen überhaupt nicht innerlich rechtfertigen lassen.[25])

Wird durch Verschulden des Gläubigers nicht eine der Leistungen, sondern werden beide unmöglich, so kann dieses gleichzeitig oder nacheinander geschehen. Tritt die Unmöglichkeit gleichzeitig ein, so ist folgendes zu unterscheiden.

Hat der Schuldner das Wahlrecht, so bleibt ihm dasselbe auch erhalten gemäß § 265 Satz 2 BGB. Er kann wählen, welche Leistung als die von ihm geschuldete gelten soll. In Ansehung dieser wird er befreit, behält eventuell seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Für die andere Leistung muß ihm der Gläubiger Ersatz leisten.

Bezieht sich das Verschulden des Gläubigers nur auf eine Leistung, so kann der Schuldner gleichfalls wählen, welche der Leistungen als von ihm geschuldet gelten soll. Ist dieses die zufällig untergegangene Leistung, so wird der Schuldner befreit; verliert auch eventuell den Anspruch auf die Gegenleistung. Für die andere ist der Gläubiger ersatzpflichtig. Ist die vom Schuldner gewählte Leistung die vom Gläubiger vernichtete, so wird der

---

[24]) Prot. Bd. 1 S. 282 f.

[25]) Ein schwacher Ausweg ist der, daß durch ausdrückliche oder aus den Umständen sich ergebende stillschweigende Parteivereinbarung § 265 ausgeschlossen sein kann.

Schuldner ebenfalls frei, behält aber eventuell den Anspruch auf die Gegenleistung.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht und bezieht sich sein Verschulden auf beide Leistungen, so kann er wählen, für welche der Leistungen er eventuell die Gegenleistung entrichten will.

Bezieht sich das Verschulden des Gläubigers nur auf eine Leistung, so versagt sein Wahlrecht. Die zufällig unmöglich gewordene Leistung kommt in Wegfall, für die andere schuldhaft vom Gläubiger vernichtete Leistung muß dieser eventuell die Gegenleistung entrichten, während der Schuldner frei wird.[26])

Werden beide Leistungen nacheinander unmöglich, so gilt folgendes:

Hat der Schuldner das Wahlrecht und macht der Gläubiger beide Leistungen nacheinander schuldhaft unmöglich, so bleibt dem Schuldner das Wahlrecht erhalten. Bezüglich der gewählten wird der Schuldner frei, behält eventuell seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Bezüglich der nicht gewählten ist der Gläubiger ersatzpflichtig. Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so hatte sich das Schuldverhältnis nach § 265 Satz 1 BGB. dadurch, daß der Gläubiger die eine Leistung schuldhaft unmöglich machte, auf die andere beschränkt. Bezüglich der letzten vom Gläubiger ebenfalls schuldhaft unmöglich gemachten wird der Schuldner frei und behält eventuell seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Bezüglich der ersten ist der Gläubiger ersatzpflichtig.

Ist eine Leistung durch Zufall untergegangen und darauf die andere durch Schuld des Gläubigers, so ist wie folgt zu entscheiden:

Einerlei ob dem Schuldner oder dem Gläubiger das Wahlrecht zustand, hat sich das Schuldverhältnis gemäß § 265 Satz 1 durch das zufällige Unmöglichwerden der einen Leistung auf die andere Leistung beschränkt. Da der Gläubiger diese schuldhaft vernichtet hat, wird der Schuldner von der Bewirkung der Leistung frei, eventuell behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Hat der Gläubiger die eine Leistung schuldhaft unmöglich gemacht und wird darauf die andere Leistung zufällig unmöglich, so ist folgendermaßen zu entscheiden:

---

[26]) vgl. dazu Litten S. 212, 213.

Hat der Schuldner das Wahlrecht, so tritt durch die vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit der einen Leistung keine Konzentration auf die andere ein. Dieses geschieht erst durch die zufällig unmöglich gewordene Leistung, so daß der Schuldner von der Bewirkung der ersten Leistung frei wird und eventuell den Anspruch auf die Gegenleistung behält.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so tritt durch die von ihm verschuldete Unmöglichkeit der einen Leistung Konzentration gemäß § 265 Satz 1 BGB. ein. Wird nun die andere Leistung zufällig unmöglich, so geschieht dieses auf Gefahr des Schuldners. Der Schuldner wird von der Bewirkung der Leistung frei, verliert aber auch eventuell den Anspruch auf die Gegenleistung. Der Gläubiger muß allerdings für die von ihm schuldhaft vernichtete Leistung dem Schuldner Ersatz leisten. Seine Haftung ist eine außerkontraktliche nach §§ 823 f. BGB.[27])[28])[29]).

§ 15.

Teilweise Unmöglichkeit. Beweislast.

A. Teilweise Unmöglichkeit.

Nach § 265 Satz 1 BGB. tritt eine Beschränkung des Schuldverhältnisses ein, wenn eine der Leistungen unmöglich ist oder wird. Wenn nun eine der alternativ geschuldeten Leistungen nur teilweise unmöglich wird, muß es mindestens zweifelhaft erscheinen, ob diese teilweise Unmöglichkeit auch unter § 265 BGB. fallen soll.

---

[27]) vgl. zu den Ausführungen Oertmann § 265, 5.

[28]) Die Fälle, in denen sowohl den Schuldner wie den Gläubiger ein Verschulden trifft, bieten keine besonderen Zweifel; sie sind ausführlich bei Litten S. 213, 214 (s. d.) geschildert.

[29]) Wenn Gegenstand des Alternativschuldverhältnisses Gattungsschulden sind, so kommen die vorerwähnten Ausführungen in gleicher Weise mit der Maßgabe zur Anwendung, daß § 279 BGB. berücksichtigt wird. Dort heißt es: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt". Objektive Unmöglichkeit wird bei Gattungsschulden kaum in Frage kommen können. Genus perire non censetur hieß es schon früher.

Dafür hat sich Titze[1]) entschieden. Es heißt bei ihm darüber:

„An dieser Stelle ist an das oben in § 2 Anm. 14 Gesagte zu erinnern, daß im Sinne des § 265 eine Unmöglichkeit der Leistung nicht bloß dann vorliegt, wenn die eine oder die andere der wahlweise geschuldeten Leistungen dem Schuldner total unmöglich geworden ist, sondern daß die in § 265 gedachte Beschränkung des Schuldverhältnisses auch dann eintreten muß, wenn eine der geschuldeten Leistungen nur teilweise unmöglich geworden ist, und zwar mit Rücksicht auf die unbilligen Konsequenzen.

Wenn auch ähnliches oben bei den Wirkungen der anfänglichen Unmöglichkeit gebilligt war, so muß doch hier das Gegenteil von Titzes Ansicht anerkannt werden. Dafür spricht der Umstand, daß das Gesetz bei der nachfolgenden Unmöglichkeit ausführlich mit dem Begriff teilweiser Unmöglichkeit operiert und daran wenn auch geminderte Vertragswirkungen knüpft, während bei anfänglicher teilweiser Unmöglichkeit im Zweifel Vertragswirkungen überhaupt nicht entstehen.[2]) Dafür, daß der Gläubiger für die teilweise Leistung auch nur eine äquivalente Gegenleistung zu machen braucht, sorgt schon das Gesetz. Haben die Parteien überhaupt die Absicht, die teilweise Unmöglichkeit zerstörend auf das Alternativschuldverhältnis wirken zu lassen, so kann das auch vereinbart werden. Desgleichen wird man sagen müssen, daß die Parteien in dem Fall, daß der Rest der einen Leistung wegen seiner Geringfügigkeit als Vertragserfüllung nicht mehr in Betracht kommen kann, die Konzentration stillschweigend vereinbart haben.[3])

Im übrigen gestalten sich die einzelnen Wirkungen folgendermaßen: Ist die teilweise Unmöglichkeit die Folge eines Zufalls, so wird der Schuldner frei, soweit die Leistung unmöglich ist.[4]) Im übrigen besteht das Alternativschuldverhältnis mit der oben erwähnten Modifikation fort.[5])

[1]) Titze S. 197, 198.

[2]) § 139 BGB.

[3]) Gegen Konzentration auch Oertmann zu § 265, 6; Kisch S. S. 237; Schollmeyer § 265 II, 2.

[4]) § 275 Abs. 1 BGB.

[5]) Schollmeyer zu § 265, II, 2a.

Ist die teilweise Unmöglichkeit Folge eines vom wahlberechtigten Gläubiger zu vertretenden Umstandes, so kann der Gläubiger nach wie vor wählen. Wählt er die vollständig mögliche Leistung, so ist er für den vernichteten Teil der anderen Leistung ersatzpflichtig.[6])

Ist die teilweise Unmöglichkeit Folge eines vom wahlberechtigten Schuldner zu vertretenden Umstandes, so kann er nach wie vor wählen. Wählt er die teilweise mögliche Leistung, so ist er wegen des vernichteten Teils nach § 280, eventuell bei mangelndem Interesse des Gläubigers an dem noch möglichen Teil der Leistung wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit ersatzpflichtig.[7])

Ist die teilweise Unmöglichkeit Folge eines vom nicht wahlberechtigten Gläubigers oder nicht wahlberechtigten Schuldners zu vertretenden Umstandes, so muß auch nach Titzes Ansicht keine Konzentration nach § 265 Satz 2 BGB. eintreten. Die Ansprüche richten sich alsdann nach den allgemeinen Vorschriften.[8])

B. Beweislast.

Wer sich auf die zufällige Unmöglichkeit einer Leistung oder beider Leistungen beruft, hat dieses zu beweisen.

Für die von einem Teil zu vertretende Unmöglichkeit gibt § 282 BGB. einen Anhalt, der sagt:

> „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner".

Fordert also der wahlberechtigte Gläubiger Entschädigung für die unmögliche Leistung, so muß sich der Schuldner exkulpieren, d. h. Konzentration infolge zufälliger Unmöglichkeit beweisen.[9])

Fordert der wahlberechtigte Schuldner Entschädigung für die unmögliche Leistung vom Gläubiger, so muß er ebenfalls das Verschulden des Gläubigers beweisen.

---

[6]) Schollmeyer zu § 265 II, 2b.

[7]) Schollmeyer zu § 265 II, 2c.

[8]) Schollmeyer zu § 265 II, 2d u. e.

[9]) Die von Kleineidam vorgenommene Verteilung der Beweislast beruht auf einer irrigen Auffassung des § 265 BGB.; s. dazu Kisch S. 231 Anm. 13, der für die im Text vorgenommene Beweislastverteilung ist.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.